



Hochschule für öffentliche  
Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg  
University of Applied Sciences

Hochschule für öffentliche  
Verwaltung Kehl



UNIVERSITY  
OF APPLIED SCIENCES

MASTERSTUDIENGANG  
EUROPÄISCHES VERWALTUNGSMANAGEMENT  
STUDIENJAHR 2015



**Überlassungspflichten und Zulässigkeit gewerblicher  
Sammlungen: Die Europarechtskonformität des  
Kreislaufwirtschaftsgesetzes**

**Handover Obligations and the Possibility of Commercial  
Collections: The Conformity of European Law of the Law on  
Life-Cycle Management**

**THESIS**

zur Erlangung des wissenschaftlichen Grades  
Master of Arts (M.A.)

vorgelegt von:

Selina Nußbaumer

Juli 2017

Erstgutachter: Herr Prof. Dr. Heinz-Joachim Peters

Zweitgutachter: Herr Matthias Pflüger

# **Inhaltsverzeichnis**

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IV</b>
<b>Kapitel 1: Einleitung</b>	<b>1</b>
A.    Einführung in die Problematik	1
B.    Ziel und Gang der Untersuchung	2
<b>Kapitel 2: Abfallrechtliche Überlassungspflichten im           Kreislaufwirtschaftsgesetz</b>	<b>4</b>
A.    Der Abfallbegriff	4
I.    Die Entwicklung	4
II.   Tatbestandsvoraussetzungen	7
1.    Stoffe oder Gegenstände	7
2.    Der Entledigungstatbestand	8
a)    Die Entledigung	8
b)    Der Wille zur Entledigung	8
c)    Der Entledigungszwang	9
3.    Abfälle zur Verwertung und Abfälle zur Beseitigung	10
B.    Abfallrechtliche Überlassungspflichten	11
I.    Begriff der Überlassung von Abfällen	12
II.   Entwicklung und Funktion im Abfallrecht des Bundes	13
1.    Vorgängerregelungen	13
2.    Zur Entstehung des § 17 KrWG	16
III.  Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen im KrWG	17
1.    Das Regel- Ausnahme- Verhältnis in § 17 KrWG	18
2.    Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen	19
IV.  Ausnahmen von der Überlassungspflicht	21

1.	Ordnungsgemäße und schadlose Verwertung	21
2.	Überwiegendes öffentliches Interesse als Rückausnahme	22
a)	Allgemeines	22
b)	Das Gesetzgebungsverfahren in Bezug auf § 17 Abs. 3 KrWG	24
c)	Überwiegende öffentliche Interessen	26
V.	Ergebnisse	38
<b>Kapitel 3: Die Europarechtskonformität getrennt erfasster Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen</b>		<b>39</b>
A.	Beeinträchtigung von europäischem Sekundärrecht	39
I.	Die Abfallverbringungsverordnung	40
II.	Die Abfallrahmenrichtlinie	41
B.	Beeinträchtigung von europäischem Primärrecht	42
I.	Wettbewerbsrecht	43
1.	Wettbewerbsrechtliches Missbrauchsverbot	43
a)	Marktbeherrschende Stellung	43
b)	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	44
c)	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	46
2.	Rechtfertigung	47
II.	Grundfreiheiten	47
1.	Warenverkehrsfreiheit	47
a)	Schutzbereich	47
b)	Beeinträchtigung	48
2.	Rechtfertigung der Beeinträchtigung	50
a)	Schranke des Art. 36 AEUV	50
b)	Schranke der zwingenden Erfordernisse	51
c)	Schranke des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV	52

III. Ergebnisse	59
<b>Kapitel 4: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</b>	<b>60</b>
A. Auslegungsmethoden	61
I. Auslegung nach dem Wortlaut	61
II. Systematische Stellung und Zweck der Vorschrift	62
B. Europarechtliche Rahmenbedingungen	64
I. Entwicklung	64
II. Neuerungen im Vertrag von Lissabon	66
1. Art. 14 AEUV	66
2. Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse	67
III. Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten	68
C. Daseinsvorsorge im deutschen Recht	69
I. Begriff und Entwicklung	69
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	70
III. Abfallwirtschaft als Bereich der Daseinsvorsorge	72
<b>Kapitel 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick</b>	<b>75</b>
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	75
B. Ausblick	79
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>VI</b>
<b>Anhang</b>	<b>XIV</b>
<b>Erklärung</b>	<b>XXIV</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

ABl.	Amtsblatt
AbfG	Abfallgesetz
AbfRRL	Abfallrahmenrichtlinie
AbfVerbV	Abfallverbringungsverordnung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß

GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.d.	im Sinne des
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
Krw-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
Nr.	Nummer
öRE	öffentlich rechtlicher Entsorgungsträger
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S	Seite
S.	Satz
stRspr.	ständige Rechtsprechung

# **Kapitel 1: Einleitung**

## **A. Einführung in die Problematik**

Die Entwicklung des Abfallrechts der Bundesrepublik Deutschland reicht von einem rein ordnungsrechtlichen Mittel der Abfallbeseitigung aus Gründen der Schaffung seuchenhygienischer Standards bis hin zu einem modernen Instrument der Kreislaufwirtschaft mit den Zielen der Abfallvermeidung und Ressourcenschonung durch Wiederverwertung.

Dieser Wandel führte zu der für diese Arbeit relevanten Unterscheidung zwischen Abfällen zur Beseitigung, die nicht verwertet werden können (Restmüll) und Abfällen zu Verwertung, wie z. B. Papier, Altmetalle oder Alttextilien. Weil diese einen positiven Marktwert haben, ist deren Entsorgung und Verwertung für die private Entsorgungswirtschaft zu einem attraktiven Betätigungsfeld geworden.

Aufgrund der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG, nach der die Erzeuger und Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind, ihre Abfälle den öRE zu überlassen, können gewerbliche Sammler aber nicht direkt, sondern nur im Rahmen einer gewerblichen Sammlung gem. § 17 Abs. 2 Nr. 4 KrWG auf die Abfälle zugreifen.

Über diesen Zugriff auf die Sammlung und Verwertung von werthaltigen Abfällen aus privaten Haushaltungen durch die private Entsorgungswirtschaft besteht zwischen den kommunalen Entsorgungsträgern und der privaten Entsorgungswirtschaft ein langjähriger Streit.<sup>1</sup>

Als dessen zwischenzeitlicher Höhepunkt kann die sog. „Altpapierentscheidung“<sup>2</sup> des BVerwG vom 18.06.2009 gesehen werden. Damals (unter Geltung des alten § 13 KrW-/AbfG) bestärkte das BVerwG die grundsätzliche Überlassungspflicht

---

<sup>1</sup> Petersen, NVwZ 1998, 1113, 113.

<sup>2</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009, 99 Rn. 487 ff.

von Abfällen aus privaten Haushaltungen an den öRE und schränkte die Zugriffsmöglichkeiten Privater auf diese Abfälle ein.<sup>3</sup>

Ob die Überlassungspflichten in der damaligen Ausgestaltung einen Eingriff in europäisches Primärrecht darstellten, ließ das BVerwG offen.

Im Rahmen der Novellierung der EU-Abfallrahmenrichtlinie im Jahr 2008<sup>4</sup> wurde das deutsche Abfallrecht überarbeitet. Die neu geschaffenen §§ 17 und 18 im seit 01.06.2012 in Kraft getretenen KrWG<sup>5</sup> sollten auch für eine Neuausrichtung des Verhältnisses der kommunalen Abfallentsorgung und der privaten Entsorgungswirtschaft im Bereich der gewerblichen Sammlungen sorgen.<sup>6</sup>

Angesichts der hohen Anzahl neuer Gerichtsverfahren kann der Erfolg dieses Vorhabens allerdings bezweifelt werden.<sup>7</sup>

In einer Revisionsentscheidung des BVerwG vom 30.06.2016<sup>8</sup>, welche sich mit der Frage nach den Voraussetzungen, unter denen eine Befristung, Beschränkung oder Untersagung einer gewerblichen Sammlung wegen entgegenstehender „überwiegender öffentlicher Interessen“ möglich ist, beschäftigte, erkannte das Gericht die Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung der Vorschriften des § 17 KrWG an.

## **B. Ziel und Gang der Untersuchung**

Die vorliegende Arbeit möchte einen Beitrag zur Lösung der Problematik leisten, wonach umstritten ist, inwieweit die Vorschriften des § 17 KrWG zu der Überlassungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen mit europäischem Recht vereinbar sind. Im Fokus stehen dabei die getrennt erfassten Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen und die Beantwortung der Frage, inwieweit eine

---

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009, 99 Rn. 31.

<sup>4</sup> Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlamentes und Rates v. 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. L 312/3 ff.

<sup>5</sup> Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24.02.2012, BGBl. I S. 212, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 27.03.2017, BGBl. I S. 567.

<sup>6</sup> Kopp-Assenmacher/Hahn, ZUR 2017, 80, 80.

<sup>7</sup> Wenzel, ZUR 2014, 579, 579.

<sup>8</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.



Überlassungspflicht gerade für diese Abfälle europarechtlich gerechtfertigt werden kann.

Hierzu geht die Arbeit folgendermaßen vor. Im zweiten Kapitel werden zunächst die Grundlagen zur Beantwortung dieser Frage geschaffen, indem die für die Lösung der Problematik relevanten Vorschriften des KrWG untersucht werden. Hier steht insbesondere der § 17 KrWG im Vordergrund, dessen Aufbau und Funktion näher erläutert wird.

Das dritte Kapitel untersucht dann, ob die Vorschriften des § 17 KrWG zu der Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen mit europäischem Recht vereinbar sind und inwieweit mögliche Eingriffe gerechtfertigt werden können.

Im vierten Kapitel findet eine genauere Betrachtung des Art. 106 Abs. 2 AEUV als zentrale Norm für die Rechtfertigung von Einschränkungen der europäischen Wettbewerbsfreiheit sowie der Grundfreiheiten durch Unternehmen der Daseinsvorsorge statt. Hier soll insbesondere der europäische Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ untersucht und der Frage nachgegangen werden, ob es sich bei der Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen im Rahmen der deutschen Daseinsvorsorge um eine solche Dienstleistung handelt.

Die schließlich im fünften Kapitel zusammengetragenen Ergebnisse sind insbesondere für diejenigen Behörden relevant, die prüfen, ob einer angezeigten gewerblichen Sammlung öffentliche Interessen gem. § 17 Abs. 3 KrWG entgegenstehen und diese Sammlung damit beschränkt bzw. untersagt werden kann.

In diesem Zusammenhang soll eine Handlungsempfehlung (Anhang) aufzeigen, welche Regelungen des § 17 KrWG für eine europarechtskonforme Anwendung dieser Vorschrift von besonderer Bedeutung sind. Dadurch soll eine höhere Rechtssicherheit der behördlichen Entscheidungen in Bezug auf die Beschränkung bzw. Untersagung gewerblicher Sammlungen erreicht werden.

## **Kapitel 2: Abfallrechtliche Überlassungspflichten im Kreislaufwirtschaftsgesetz**

### **A. Der Abfallbegriff**

#### **I. Die Entwicklung**

Dem Abfallbegriff gem. § 3 Abs. 1 KrWG kommt eine Schlüsselfunktion bei der Anwendung des deutschen Abfallrechts zu.<sup>9</sup> Der Anwendungsbereich des KrWG ist nur dann eröffnet, wenn es sich – abgesehen von den Ausnahmen vom Geltungsbereich nach § 2 Abs. 2 KrWG – um Abfall i.S.d. Gesetzes handelt.<sup>10</sup>

Im Zuge der Entwicklung des ehemals auf die Abfallbeseitigung durch die öffentlich rechtlichen Körperschaften gerichteten Abfallrechts hin zu einem Recht der Kreislaufwirtschaft, welches auch die private Entsorgung von Abfällen einbezieht, wurde auch der deutsche Abfallbegriff einem Wandel unterzogen.<sup>11</sup>

Das Abfallbeseitigungsgesetz aus dem Jahr 1972<sup>12</sup> war eine Reaktion auf steigende Abfallmengen und die Problematik des Giftmülls. Beides konnte durch bisherige Regelungen im Rahmen von Satzungen auf Kommunalebene nicht mehr gelöst werden. Der Schwerpunkt des Gesetzes lag daher auf der Ordnung der Abfallbeseitigung, um ordnungsrechtliche und seuchenhygienische Standards zu schaffen.<sup>13</sup> Somit war der Grundstein für die umweltrechtliche Entwicklung gelegt.<sup>14</sup>

Gem. § 1 Abs. 1 AbfG waren Abfälle bewegliche Sachen, derer sich der Besitzer entledigen will oder deren geordnete Beseitigung zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit geboten ist. Hier stand der Wille des Abfallbesitzers stark im Vordergrund, was dazu führte, dass jede Art von Benutzungs- oder Verwertungsabsicht eine Möglichkeit zur Umgehung des Gesetzes darstellte. Dies führte zu nicht

---

<sup>9</sup> Jarass/Petersen, § 3 Rn. 7.

<sup>10</sup> Jarass/Petersen, § 3 Rn. 3; Delfs, in: Schmehl, § 3 Rn. 4.

<sup>11</sup> Stark, S. 162.

<sup>12</sup> Gesetz über die Beseitigung von Abfällen (Abfallbeseitigungsgesetz, AbfG) vom 7.06.1972, BGBl. I S. 873, Inkrafttreten am 07.07.1972.

<sup>13</sup> So lautete die Überschrift zu § 4 AbfG 1972.

<sup>14</sup> Jarass/Petersen, Einführung I Rn. 16.

unbeachtlichen Umweltproblemen und einer beschränkten Anwendbarkeit und Funktion des Abfallrechts.<sup>15</sup>

In § 3 Abs. 3 AbfG wurde festgelegt, dass die Kommunen als öRE im Rahmen der Daseinsvorsorge zuständig für die Abfallentsorgung sind.<sup>16</sup>

Das Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen von 1986<sup>17</sup> stellt eine grundlegende Weiterentwicklung des AbfG von 1972 dar.<sup>18</sup> Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AbfG waren bewegliche Sachen auch im Falle der Verwertung Abfälle, bis sie oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe oder erzeugte Energie dem Wirtschaftskreislauf zugeführt wurden, wenn sie der entsorgungspflichtigen Körperschaft oder dem von dieser beauftragen Dritten überlassen wurden. Damit wurde die Abfallverwertung als Vorrang vor der Abfallbeseitigung festgelegt (§ 1a Abs. AbfG, § 3 Abs. 2 S. 3 AbfG) und der Abfallbegriff auf Wertstoffe erweitert.<sup>19</sup>

Allerdings wurde die Beschränkung auf Abfälle zur Beseitigung beibehalten, denn nur bewegliche Sachen, derer sich der Besitzer entledigen wollte waren Abfälle. Diese Regelung führte dazu, dass es sich bei § 1 Abs. 1 S. 2 lediglich um eine „Ergänzung“ des engen Abfallbegriffes handelte.<sup>20</sup> Somit konnte das Problem, dass die bloße Behauptung des Besitzers, er wolle die Sache noch anderweitig nutzen, das Umgehen der abfallrechtlichen Vorschriften ermöglichte und Probleme bei deren Vollzug hervorrief, nicht behoben werden.<sup>21</sup>

Als Träger der Abfallentsorgung wurden weiterhin die Kommunen als öRE festgelegt, auch um einen „Entzug kommunaler Aufgaben“<sup>22</sup> mit Blick auf Art. 28 Abs. 2 GG zu verhindern.<sup>23</sup>

---

<sup>15</sup> Stark, S. 16.

<sup>16</sup> Jarras/Petersen, Einführung I Rn. 17.

<sup>17</sup> Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (AbfG – AbfG) vom 27.08.1986, BGBl. I S. 1410, Inkraftgetreten am 01.11.1986.

<sup>18</sup> Jarras/Petersen, Einführung I Rn. 19.

<sup>19</sup> Delfs in: Schmehl, § 3, Rn. 6.

<sup>20</sup> Die Erweiterung wurde als „fiktiver Abfallbegriff“ bezeichnet, s. Jarras/Petersen, § 3 Rn.13.

<sup>21</sup> Erbs/Kohlhaas, § 3 Rn. 3.

<sup>22</sup> Jarras/Petersen, Einführung I Rn. 19.

Weil Anfang der 1990er Jahre ein Entsorgungsnotstand befürchtet wurde, sollten Abfallvermeidung und –verwertung stärker in den Fokus des Abfallrechts gerückt werden. Im neuen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz von 1994<sup>24</sup> wurde der Abfallbegriff in § 3 Abs. 1 S. 2 daher auf „Abfälle zur Verwertung“ ausgedehnt.<sup>25</sup> Grundlage dafür war die Verankerung eines dreiteiligen Entledigungstatbestandes (tatsächliche Entledigung, Entledigungswollen und Entledigungsmüssen) in § 3 Abs. 1, der in den Absätzen 2 bis 4 genauer dargelegt wurde.<sup>26</sup> Fortan hing die Abfalleigenschaft einer Sache nicht mehr länger nur vom Willen des Erzeugers oder Besitzers, sondern vom „[...] a priori nicht vorhandenen oder wegfallenden Verwendungszweck einer beweglichen Sache [...]“<sup>27</sup> ab.

Mit der Einführung des neuen Abfallrechts sollten auch zwingende EU-rechtliche Vorgaben umgesetzt werden. Bereits auf Grundlage der Definition der AbfRRL 75/442/EWG (Art. 1a: „Abfälle sind Stoffe und Gegenstände, deren sich ihr Besitzer entledigt oder gemäß der einzelstaatlichen Vorschriften zu entledigen hat“) hatte der EuGH in den Rechtssachen „Vesosso und Zanneti“<sup>28</sup> sowie „Tombei“<sup>29</sup> entschieden, dass Stoffe, die zur wirtschaftlichen Wiederverwendung geeignet sind, auch unter den EU-Abfallbegriff fallen und es nicht erheblich ist, ob der sich entledigende Besitzer eine solche Wiederverwendung durch andere ausschließen wolle.<sup>30</sup>

Weiterhin wurde durch die Verlagerung der vorrangigen Verantwortung der Entsorgungsverantwortung weg vom öRE hin zu Abfallerzeuger und Abfallbesitzer vom Prinzip der Daseinsvorsorge auf das Verursacherprinzip umgestellt.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Schink in: Schink/Versteyl, Einführung Rn. 5.

<sup>24</sup> Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz vom 27.09.1994 (KrW-/AbfG), BGBl. I S. 2705, in Kraft getreten am 06.10.1996.

<sup>25</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 15.

<sup>26</sup> Delfs in: Schmehl, § 3, Rn. 7.

<sup>27</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 15.

<sup>28</sup> EuGH Urteil vom 28.03.1990, Rs. C-206/88 und C-207/88, Rn. 8, NVwZ 1991, 661.

<sup>29</sup> EuGH Urteil vom 24.10.1996, Rs.C-304/94, C-330/94, C-342/94 und C-224/95, Rn. 47ff, BeckEuRS 1996, 212211.

<sup>30</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 17.

<sup>31</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 17.

Mit der Zeit stellte sich heraus, dass insbesondere die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung Konfliktpotenzial besitzt. Da diese Unterscheidung maßgeblich für die Reichweite der kommunalen Überlassungspflichten für Abfälle aus sonstigen Herkunftsbereichen gem. § 13 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG war, entstanden hier zunehmend Spannungen zwischen der privaten und kommunalen Entsorgungswirtschaft.<sup>32</sup>

Bezogen auf die Regelungsstruktur und deren Inhalt, ist der § 3 im Kreislaufwirtschaftsgesetz von 2012.<sup>33</sup> weitestgehend unverändert geblieben.<sup>34</sup> Allerdings wurden beim Abfallbegriff „bewegliche Sachen“ durch „Stoffe oder Gegenstände“ ersetzt. Damit wurde die Definition der AbfRRL praktisch wortgleich in das deutsche Abfallrecht integriert und eine Angleichung der Vorschriften vollzogen.

## **II. Tatbestandsvoraussetzungen**

### **1. Stoffe oder Gegenstände**

Die Angleichung der Legaldefinition des Abfallbegriffs durch den deutschen Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 KrWG an die Voraussetzungen der europäischen Abfall-RRL wurde aufgrund der sogenannten van der Walle Entscheidung des EuGH<sup>35</sup> vollzogen.<sup>36</sup> Der vormals geltende § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG (Abfälle müssen bewegliche Sachen sein), war mit der Auffassung des EuGH, dass auch kontaminiertes Erdreich als Abfall einzustufen ist, nicht vereinbar.

Die Abgrenzung der Begriffe „Stoffe und Gegenstände“ ist schwer, hat aber keine praktische Bedeutung, da die Definition jede weitere Materie ohne weitere Einschränkungen einbezieht.<sup>37</sup> Auf den Aggregatzustand kommt es dabei nicht an.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> Jarras/Petersen, Einführung Rn. 29

<sup>33</sup> Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24.02.2012, BGBl. I S. 212, in Kraft getreten am 01.06.2012.

<sup>34</sup> Delfs in: Schmehl, § 3, Rn. 8.

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C 1/03, Slg. 2004, I-7613 (van der Walle), ZUR 2007, 366.

<sup>36</sup> Petersen/Doumet/Stöhr, NVwZ 2012, 521, 522; Schink, UPR 2012, 201, 202 f.

<sup>37</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 30 f.

<sup>38</sup> Peters/Hesselbarth/Peters, Rn. 850.

## **2. Der Entledigungstatbestand**

Der Begriff der Entledigung gilt als zentraler Tatbestand des Abfallbegriffs.<sup>39</sup> In § 3 Abs. 1 S. 1 KrWG werden drei Entledigungstatbestände genannt: „Entledigung“, „Entledigungswillen“ und „Entledigungspflicht“.

Im Falle der beiden erstgenannten Entledigungstatbestände handelt es sich um den sogenannten subjektiven Abfallbegriff.<sup>40</sup> Da dieser stark abhängig vom Willen des Besitzers (Legaldefinition in § 3 Abs. 9 KrWG) und somit auch anfällig für Missbrauch ist, dient der objektive Abfallbegriff (Entledigungspflicht) in § 3 Abs. 4 KrWG als Auffangtatbestand dazu, Rechtssicherheit und die Absicherung des erweiterten Abfallbegriffs für Stoffe und Gegenstände zu schaffen, die nicht mehr gemäß ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung verwendet werden und dazu geeignet sind, das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere der Umwelt, zu gefährden.<sup>41</sup>

### **a) Die Entledigung**

Eine tatsächliche Entledigung gem. § 3 Abs. 2 KrWG ist anzunehmen, wenn der Besitzer Stoffe oder Gegenstände einer Verwertung im Sinne der Anlage 2 des KrWG oder einer Beseitigung im Sinne der Anlage 1 des KrWG zuführt oder die tatsächliche Sachherrschaft unter Wegfall jeder weiteren Zweckbestimmung aufgibt.

### **b) Der Wille zur Entledigung**

Ferner ist auch der Wille zur Entledigung gem. § 3 Abs. 3 KrWG Teil des subjektiven Abfallbegriffes.<sup>42</sup> Dabei handelt es sich um den Fall, dass der Besitzer sich eines Stoffes oder Gegenstandes entledigen will, ohne dass diese Entledigungstat bereits stattgefunden hat.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 33; Erbguth/Schlacke, § 12 Rn. 18.

<sup>40</sup> Versteyl in: Versteyl/Mann/Schomerus, § 3 Rn. 11.

<sup>41</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 34.

<sup>42</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 66.

<sup>43</sup> Peters/Hesselbarth/Peters, Rn. 853.

Der Entledigungswille des § 3 Abs. 3 KrWG gliedert sich in zwei Fallgruppen. Zum einen ist er bei Stoffen oder Gegenständen anzunehmen, die bei Energieumwandlung, Herstellung, Behandlung oder Nutzung von Stoffen oder Erzeugnissen oder bei Dienstleistungen „anfallen ohne dass der Zweck der jeweiligen Handlung hierauf gerichtet ist“ (§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 KrWG). Zum anderen wird der Entledigungswille hinsichtlich bereits in Gebrauch befindlicher Sachen fingiert, wenn die ursprüngliche Zweckbestimmung einer Sache entfällt, ohne dass ein neuer Verwendungszweck unmittelbar an deren Stelle tritt (§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KrWG).

### **c) Der Entledigungszwang**

Bei der Entledigungspflicht in § 3 Abs. 4 KrWG handelt es sich um den sogenannten „objektiven Abfallbegriff“.<sup>44</sup> Anders als bei den o.g. Entledigungstatbeständen, kommt hier nicht auf den Willen des Besitzers an.<sup>45</sup>

In § 3 Abs. 4 KrWG finden sich drei Voraussetzungen für die Entledigungspflicht.

Gem. der ersten Voraussetzung muss sich der Besitzer Stoffen oder Gegenstände entledigen, wenn diese nicht mehr entsprechend ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung verwendet werden können. Relevant ist hier die zum Zeitpunkt der Gefährdungssituation bestehende Zweckbestimmung.<sup>46</sup>

Die zweite Voraussetzung fordert die Entledigungspflicht, wenn Stoffe oder Gegenstände auf Grund ihres konkreten Zustandes geeignet sind, gegenwärtig oder künftig das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die Umwelt, zu gefährden. Die Gefahr muss nicht konkret sein, das Vorliegen einer abstrakten Gefährdungslage für das Schutzgut genügt.<sup>47</sup>

Eine Entledigungspflicht besteht auch dann, wenn das Gefährdungspotenzial der Stoffe oder Gegenstände nur durch eine ordnungsgemäße, schadlose Verwertung oder gemeinwohlverträgliche Beseitigung nach den Vorschriften des KrWG aus-

---

<sup>44</sup> Schink/Krappel in: Schink/Versteyl, § 3 Rn. 52; Delfs in: Schmehl, § 3 Rn. 49.

<sup>45</sup> Peters/Hesselbarth/Peters, Rn. 854.

<sup>46</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 100.

<sup>47</sup> Delfs in: Schmehl, § 3 Rn. 56; Erbguth/Schlacke, § 12 Rn. 23.

geschlossen werden kann. Diese dritte Voraussetzung fordert, dass die o.g. Eignung zur Gefährdung nicht durch Ordnungsrecht ausgeschlossen werden kann.<sup>48</sup>

### **3. Abfälle zur Verwertung und Abfälle zur Beseitigung**

§ 3 Abs. 1 S. 2 KrWG unterscheidet zwischen Abfällen zur Verwertung und Abfällen zur Beseitigung. Dabei sind die Abfälle zur Verwertung positiv definiert („Abfälle, die verwertet werden“), während Abfälle zur Beseitigung negativ und insofern als Auffangtatbestand definiert werden („Abfälle, die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung“).<sup>49</sup> Unabhängig von dieser Unterscheidung unterliegen alle Abfälle des KrWG der Verwertungspflicht gem. § 7 Abs. 2 KrWG.

Besondere Bedeutung hat dieser duale Abfallbegriff<sup>50</sup> für das Verhältnis von privater und öffentlicher Entsorgungsverantwortung.<sup>51</sup> Grund dafür ist insbesondere das EU-Recht: nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH<sup>52</sup> werden Abfälle zur Verwertung als Waren betrachtet und unterfallen daher der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 und 35 AEUV) sowie dem Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen. Im Unterschied dazu gelten für Abfälle zur Beseitigung die Prinzipien der Nähe und der Entsorgungsautarkie gem. Art. 16 AbfRRL.<sup>53</sup>

Diese Unterscheidung hat auch in die Vorschriften des KrWG zu den kommunalen Überlassungspflichten Eingang gefunden. Gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen, unabhängig davon, ob es sich um Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung handelt, verpflichtet diese den öRE zu überlassen. Allerdings sind sie unter bestimmten Bedingungen von der Überlassungspflicht befreit (vgl. Eigenverwertung nach § 17 Abs. 1 S. 1 2. Hs. KrWG, Ausnahmetatbestände des § 17 Abs. 2 KrWG).<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> BVerwG, Urteil vom 26.05.1994, NVwZ 1994, 897; Delfs in: Schmehl, § 3 Rn. 58.

<sup>49</sup> Delfs in: Schmehl, § 3, Rn. 22.

<sup>50</sup> BVerwG, Urteil vom 23.04.2008, 9 BN 4/07, NVwZ 2008, 1119.

<sup>51</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 37; Delfs in: Schmehl, § 3 Rn. 20.

<sup>52</sup> EuGH Urteil vom 9.7.1992, C-2/90, NVwZ 1992, 871.

<sup>53</sup> Dieckmann, ZUR 2008, 505, 507; Oexle, ZUR 2007, 460, 464.

<sup>54</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 38.



Gem. dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 2 KrWG sind Abfälle zur Verwertung Abfälle, die verwertet werden. Diese Formulierung lässt offen, wie die Abfälle im Zeitraum bis zum Verwertungsvorgang einzuordnen sind. Das BVerwG hat dazu geurteilt, dass die bloße Eignung zur Verwertung eines Stoffes oder eines Gegenstandes nicht ausreicht, um diesen als Abfall zur Verwertung zu definieren.<sup>55</sup> Ebenso wenig reicht der rein subjektive innere Wille des Abfallerzeugers aus.<sup>56</sup> Vielmehr ist für die Betrachtung der Stoffe und Gegenstände als Abfall zu Verwertung entscheidend, dass der Abfallbesitzer oder -erzeuger die Abfälle für einen konkreten Verwertungsvorgang sicherstellt und „die Möglichkeit einer zeitnahen Verwertung hinreichend substantiiert darlegt“.<sup>57</sup>

Die Rechtsprechung des BVerwG führt dazu, dass die Einordnung des Abfalls als Abfall zur Verwertung von der Entscheidung des Abfallbesitzers oder -erzeugers und der Sicherstellung der Verwertung abhängt.<sup>58</sup> Durch die Tatsache, dass alle anderen Abfälle durch den Auffangtatbestand solche zur Beseitigung sind, wird der örE gestärkt, „bzw. – je nach Perspektive – in die Pflicht genommen“.<sup>59</sup>

## **B. Abfallrechtliche Überlassungspflichten**

Bevor in Kapitel 3 dieser Arbeit die Prüfung der Europarechtskonformität der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG in Bezug auf die getrennt erfassten Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen vorgenommen wird, soll an dieser Stelle zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Überlassungspflichten im Abfallrecht des Bundes erfolgen. Dabei wird deren Funktion und Entwicklung geschildert, bevor sich eine Untersuchung der Vorschriften des § 17 KrWG vordergründig mit dem Spannungsfeld zwischen den örE und der privaten Entsorgungswirtschaft auseinandersetzt.

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei die Überlassungspflicht für Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen und die Ausnahme einer ordnungs-

---

<sup>55</sup> BVerwG, Urteil vom 23.04.2008, 9 BN 4/07, NVwZ 2008, 1119.

<sup>56</sup> Jarras/Petersen, § 3 Rn. 39.

<sup>57</sup> BVerwG, Urteil vom 2.04.2008, 9 BN 4/07, NVwZ 2008, 1119; Jarras/Petersen, § 3 Rn. 39.

<sup>58</sup> So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 1.12.2005, 10 C 4/04, juris Rn. 39.

<sup>59</sup> Delfs in: Schmehl, § 3 Rn. 22.

gemäßen und schadlosen Verwertung durch eine gewerbliche Sammlung gem. § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG.

## **I. Begriff der Überlassung von Abfällen**

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der Begriff der Überlassung von Bereitstellen, Einsammeln und Befördern zu unterscheiden. Dabei steht der Überlassungsvorgang vor dem Einsammeln und Befördern.<sup>60</sup>

Die Überlassungspflichten gelten als Schnittstelle für den Wechsel der Entsorgungsverantwortung.<sup>61</sup> Indem der Abfallerzeuger oder -besitzer die Abfälle absondert, für eine Abholung kennzeichnet oder in zur Abholung gekennzeichnete Abfallbehälter wirft, stellt er die Abfälle zur Abholung bereit.<sup>62</sup> Die Abfälle müssen so bereitgestellt werden, dass der örE sie ohne weiteren Aufwand übernehmen kann.<sup>63</sup>

Anschließend muss ein physischer Transfer vom Abfallerzeuger bzw. -besitzer zum örE stattfinden.<sup>64</sup> Der Überlassungspflicht der Abfallerzeuger bzw. -besitzer steht dabei eine Pflicht zur Übernahme des Abfalls durch den örE gegenüber. Diese Pflicht ist nicht explizit im KrWG verankert, ist aber eine logische Konsequenz, da eine Überlassung ohne die Verantwortlichkeit des örE unmöglich wäre.<sup>65</sup>

Wirksam wird die Überlassung erst mit der tatsächlichen Inbesitznahme der Abfälle durch den örE.<sup>66</sup> So soll ein Auseinanderfallen von Überlassen und Entsorgungspflicht vermieden werden.<sup>67</sup>

---

<sup>60</sup> BVerwG, Urteil vom 13.12.2007, 7 C 42/07, Rn. 9, NVwZ 2008, 429.

<sup>61</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 59.

<sup>62</sup> BVerwG, Urteil vom 13.12. 2007, 7 C 42/07, Rn. 9, NVwZ 2008, 429; Beckmann in: Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 14.

<sup>63</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 59.

<sup>64</sup> Stark, S. 7.

<sup>65</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 60.

<sup>66</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 60.

<sup>67</sup> Beckmann in: Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 15.

## II. Entwicklung und Funktion im Abfallrecht des Bundes

### 1. Vorgängerregelungen

Bevor im Jahr 1972 das Abfallbeseitigungsgesetz in Kraft trat, war die Müllentsorgung in Deutschland durch Müllkippen in der Erde gekennzeichnet. Ein gesamtheitliches Werk zu Vorschriften der Abfallentsorgung existierte nicht, Regelungen zum Thema Abfall waren lediglich vereinzelt in Fachgesetzen zu finden.<sup>68</sup>

In den Abfallbeseitigungsgesetzen der Jahre 1972 und 1986 wurde die Abfallbeseitigung zur öffentlichen Aufgabe im Rahmen des Umweltschutzes gemacht.<sup>69</sup> In diesem Zuge wurde in § 3 Abs. 1 AbfG geregelt, dass der Besitzer Hausmüll und hausmüllähnliche Gewerbeabfälle an den Beseitigungspflichtigen (gem. § 3 Abs. 2 die nach Landesrecht zuständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts) zu überlassen hat.

Die Möglichkeit einer privaten Abfallbeseitigung war eine Ausnahme. Voraussetzung dafür war, dass keine Besorgnis einer umweltgefährdenden Verwertung oder Beseitigung bestand.<sup>70</sup>

Die Abfallentsorgung wurde im Rahmen der Daseinsvorsorge als Pflichtaufgabe der Kommunen durchgeführt.<sup>71</sup> Vorrangiges Ziel der Vorschriften war es, durch einen institutionellen und ordnungsrechtlichen Rahmen die geordnete Ablagerung von Abfällen sicherzustellen.<sup>72</sup>

Dies änderte sich mit der Einführung eines dualen Abfallentsorgungsmodells durch das KrW-/AbfG im Jahr 1996. Neu war die Verankerung des Verursacherprinzips.<sup>73</sup> Gem. § 5 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG waren Erzeuger oder Besitzer von Abfällen verpflichtet, diese zu verwerten. Abfälle die nicht verwertet wurden mussten gem. § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG vom Erzeuger oder Besitzer gemeinwohlverträglich beseitigt werden.

---

<sup>68</sup> Stark, S. 14.

<sup>69</sup> Stark, S. 15.

<sup>70</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 7.

<sup>71</sup> Stark, S. 18.

<sup>72</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 7.

<sup>73</sup> Stark, S. 16.

Folglich wurde die Überlassungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen in § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG als Ausnahme von § 5 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG formuliert: Soweit Erzeuger oder Besitzer von Abfällen nicht in der Lage sind diese zu verwerten oder eine Verwertung nicht beabsichtigen, sind sie verpflichtet, die Abfälle dem öRE zu überlassen.

Wesentlicher Unterschied zur Vorgängerregelung des § 3 Abs. 1 AbfG ist demnach, dass auch Abfälle, die vom Regelungsbereich des KrW-/AbfG erfasst werden, von der Überlassungspflicht ausgenommen sein können.<sup>74</sup> So unterfallen gem. § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG erstmals Abfälle, die durch eine gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden (soweit diese dem öRE nachgewiesen wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen) nicht der Überlassungspflicht.

Um eine Privatisierung der Abfallverwertung auszuschließen, wurde im Gegenzug allerdings auch der staatliche Steuerungsanspruch des KrW-/AbfG verstärkt. Zum einen wurden durch die Erweiterung des Abfallbegriffes mehr Stoffe in den Geltungsbereich des KrW-/AbfG einbezogen, zum anderen wurde die Möglichkeit geschaffen, durch Rechtsverordnungen entsprechende Regelungen bezüglich der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung festzusetzen.<sup>75</sup>

Die Reichweite der Überlassungspflichten und damit die Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen hingen insofern maßgeblich von den Bestimmungen dieser Rechtsverordnungen ab.<sup>76</sup>

Ausgangspunkt einer rechtspolitischen Diskussion um die Überlassungspflichten des § 13 KrW-/AbfG waren steigende Altpapierpreise in den Jahren 2007 und 2008 und ein damit einhergehender Anstieg gewerblicher Sammlungen. Der sogenannte „Streit um das Altpapier“<sup>77</sup> warf die zuvor im Zusammenhang mit anderen Wertstoffen aufgekommene Frage nach der Reichweite der Überlassungspflichten und der Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen wieder auf.

---

<sup>74</sup> Stark, S. 16.

<sup>75</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 10.

<sup>76</sup> Stark, S. 18.

<sup>77</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 11; Petersen in: NVwZ 1998, 1113, 113.

Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte urteilte beinahe ausnahmslos, dass „überwiegende öffentliche Interessen“ i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG der gewerblichen Sammlungen privater Entsorgungsunternehmen durch das Aufstellen von blauen Tonnen nicht entgegenstehen.<sup>78</sup>

Ein vom Bundesumweltministerium in Auftrag gegebenes europa- und verfassungsrechtliches Gutachten<sup>79</sup> zur Klärung der Frage, ob und mit welchen Maßgaben gemischte und sortenreine Haushaltsabfälle überhaupt den öRE zugewiesen werden dürfen, empfahl die Orientierung an der Rechtsprechung des EuGH, welche einen insgesamt angemessenen und nutzerfreundlichen Ausgleich zwischen kommunalen (Überlassungs-) Interessen und gewerblichem Gewinnstreben fordert.<sup>80</sup>

Dem widersprechend, entgegen der bisherigen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte sowie seine Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV missachtend, urteilte das BVerwG in seinem Altapier-Urteil<sup>81</sup> vom 18.06.2009, dass das Aufstellen von blauen Tonnen schon deshalb nicht zulässig sei, weil als gewerbliche Sammler nur solche Entsorger tätig werden dürften, deren Tätigkeit sich maßgeblich von der des öRE unterscheidet. Außerdem würden einer gewerblichen Sammlung schon dann öffentliche Interessen entgegenstehen, wenn diese die Planungs- und Organisationsverantwortung beeinträchtigen kann.<sup>82</sup>

Dieser Ansicht folgten die Oberverwaltungsgerichte in ihrer anschließenden Rechtsprechung allerdings nicht. Vielmehr stellten sie regelmäßig auf eine verfas-

---

<sup>78</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 11.02.2008, 10 S 2422/07, NVwZ 2008, 919; OVG Hamburg, Beschluss vom 8.7.2008, 1 Bs 91/08, NVwZ 2008, 1133; OVG Schleswig, Urteil vom 22.4.2008, 4 LB 7/06, NVwZ 2008, 922; VGH München Urteil vom 14.11.2008, 20.BV08.1739, BeckRS 2008, 100017.

<sup>79</sup> Karpenstein: Rechtsgutachten, S. 63., kann hier abgerufen werden:  
[http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Abfallwirtschaft/um\\_10\\_31\\_952\\_wertstofftonne\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/um_10_31_952_wertstofftonne_bf.pdf) (zuletzt besucht am 25.07.2017)

<sup>80</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 12.

<sup>81</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009, 487 ff.

<sup>82</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009, 154, 158ff ; Jarras/Petersen KrWG § 17 Rn. 13

sungskonforme und vor allem EU-rechtskonforme Handhabung der Regelungen der §§ 17 und 18 KrWG ab.<sup>83</sup>

Letztlich kam dem auch in der Literatur heftig umstrittenen Urteil in der Praxis nicht mehr allzu viel Bedeutung zu, da bereits die Vorbereitungen für das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz im Gange waren.

## **2. Zur Entstehung des § 17 KrWG**

Im Zuge der Novellierung der EU-AbfRRL<sup>84</sup> im Jahr 2008 wurde auch das deutsche Abfallrecht einer Überarbeitung unterzogen. Aufgrund des konfliktbehafteten Verhältnisses der kommunalen und privaten Entsorgungswirtschaft, sollte der Gesetzesentwurf in diesem Spannungsfeld für mehr Klarheit sorgen.<sup>85</sup>

Ein erster vermittelnder Entwurf der Bundesregierung<sup>86</sup> aus dem Jahr 2010 unter Beibehaltung der Grundkonzeption des KrW-/AbfG schlug vor, gewerbliche Sammlungen für sortenreine Haushaltsabfälle unter bestimmten Bedingungen, die sich im Einzelnen aus der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH ergaben, zuzulassen. Außerdem wurde der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“, die einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen können, genauer definiert.<sup>87</sup>

Im Bundesrat wurde dieser Entwurf mehrheitlich abgelehnt. Im Wesentlichen war man der Auffassung, dass das BVerwG durch sein Altpapier-Urteil ausreichend Klarheit darüber geschaffen hatte, dass eine Etablierung privater paralleler Ent-

---

<sup>83</sup> OVG Hamburg, Beschluss vom 18.02.2011, 5 Bs 196/10, ZUR 2011, 480; OVG Münster, Beschluss vom 30.05.2011, 20 B 1502/10, BeckRS 2011, 51412; OVG Sachsen, Beschluss vom 10.06.2011, 4 B 355/10, BeckRS 2011, 51955; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.10. 2011, BeckRS 2011, 55280; ungeachtet der Linie der Obergerichte, der Kritik des herrschenden Schrifttums und den Bedenken der Kommission machte das BVerwG in seinem Beschluss vom 04.07.2011, 7 B 26/11, BeckRS 2011, 52574, jedoch deutlich, „dass der Senat nicht beabsichtigt, seine unionsrechtliche Beurteilung zu ändern“.

<sup>84</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABl. L 312 vom 22.1.2008, S.3.

<sup>85</sup> Kopp-Assenmacher/Hahn, ZUR 2017, 80, 81.

<sup>86</sup> BT-Drs. 17/6052.

<sup>87</sup> BT-Drs. 17/6052, 85ff.

sorgungs- und Verwertungsstrukturen bei Abfall aus privaten Haushaltungen nicht geschaffen werden sollte.<sup>88</sup>

Die Bundesregierung folgte dieser Auffassung nicht und stellte in ihrer Antwort<sup>89</sup> klar, dass eine Orientierung am Altpapier-Urteil des BVerwG schon deshalb problematisch sei, weil diese gewerbliche Sammlungen praktisch unmöglich mache und dies aus europarechtlicher Sicht für Rechtsunsicherheit Sorge. Außerdem werde Bürgern ein bedeutendes Dienstleistungsangebot entzogen und eine Möglichkeit, Abfälle aus privaten Haushaltungen ressourceneffizient zu verwerten, ungenutzt gelassen.<sup>90</sup>

Nachdem der Bundesrat auch den Kompromissvorschlag des Bundestages<sup>91</sup> ablehnte, konnte eine Einigung auf die jetzt gültige Gesetzesfassung des KrWG erst im Vermittlungsausschuss erreicht werden.<sup>92</sup>

### **III. Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen im KrWG**

Das KrWG enthält keine Legaldefinition für den Begriff der Abfälle aus privaten Haushaltungen. Eine Präzisierung wird durch § 2 Nr. 2 der GewAbfV<sup>93</sup> vorgenommen. Allerdings ist umstritten, inwieweit diese Definition auch auf das KrWG übertragbar ist.<sup>94</sup>

Im Regelfall sind Abfälle aus privaten Haushaltungen gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG Abfälle, die regelmäßig im Rahmen der üblichen privaten Lebensführung anfallen.<sup>95</sup> Dabei handelt es sich typischerweise um Siedlungsab-

---

<sup>88</sup> BT-Drs. 17/6052, 117.

<sup>89</sup> BT-Drs. 17/6645.

<sup>90</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 17.

<sup>91</sup> BT-Drs. 17/137; BT-Drs. 17/6052, BT-Drs. 17/7505.

<sup>92</sup> BR-Drs. 668/11.

<sup>93</sup> Gewerbeabfallverordnung vom 19. Juni 2002 (BGBl. I S. 1938).

<sup>94</sup> Für die Übertragbarkeit: Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 27; kritisch: Karpenstein/Dingemann in Jarras/Petersen, § 17 Rn. 79, Klement in Schmehl, § 17 Rn. 76, Giesberts in BeckOK UmwR Rn.10;

<sup>95</sup> Jarras/Petersen KrWG, § 17 Rn. 80; Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 27

fälle, getrennt erfasste Wertstoffe und organische Abfälle, Sperrmüll und Elektrogeräte.<sup>96</sup>

## **1. Das Regel- Ausnahme- Verhältnis in § 17 KrWG**

Wie bereits auch zuvor im KrW-/AbfG bildet die Grundlage der Abfallentsorgung nicht die öffentliche Daseinsvorsorge, vielmehr baut das KrWG auf dem Verursacherprinzip auf.<sup>97</sup> Nach dem „Grundsatz der Eigenentsorgung“<sup>98</sup> ist es gem. § 7 Abs. 2 KrWG die Pflicht von Abfallerzeugern und –besitzern, ihre Abfälle zu verwerten. Ist dies nicht möglich, besteht die Pflicht zur Beseitigung gem. § 15 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 KrWG.

Eine Ausnahme des der Grundpflichtenkonzption folgenden Verursacherprinzips bildet § 20 Abs. 1 KrWG.<sup>99</sup> Demnach haben die öRE die Abfälle aus privaten Haushaltungen und Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen nach Maßgaben der §§ 6 bis 11 KrWG zu verwerten oder nach Maßgabe der §§ 15 und 16 KrWG zu beseitigen und zwar unabhängig davon, ob es sich um Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung, gemischt oder getrennt gehaltene Abfälle handelt.<sup>100</sup>

Dieser kommunalen Entsorgungspflicht entsprechen die Überlassungspflichten des § 17 Abs. 1 KrWG. Danach sind Abfallerzeuger und -besitzer abweichend von § 7 Abs. 2 und § 15 Abs. 1 KrWG von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet, diese den öRE zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung auf den von ihnen im Rahmen ihrer Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Es liegt kein Befugnis zur Beauftragung Dritter vor.<sup>101</sup>

Von einer „grundsätzlichen Überlassungspflicht“ kann man in diesem Zusammenhang nur deshalb sprechen, weil die Möglichkeiten zur Eigenverwertung der

---

<sup>96</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 78.

<sup>97</sup> Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 1; Petersen/Doumet/Stöhr, NVwZ 2012, 521, 526.

<sup>98</sup> Erbguth/Schlacke, § 12 Rn. 75.

<sup>99</sup> BT-Drs. 17/6054, S. 85; Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 1.

<sup>100</sup> Petersen/Doumet/Stöhr, NVwZ 2012, 521, 525.

<sup>101</sup> Peters/Hesselbarth/Peters, Rn. 881, Versteyl/Wendenburg in: NVwZ 1996, 937, 945.



privaten Haushaltungen gem. § 7 Abs. 2 KrWG der stark eingeschränkt wird und somit kaum Relevanz hat.<sup>102</sup>

Ausnahmen von der Überlassungspflicht regelt § 17 Abs. 2 KrWG. Demnach besteht keine Überlassungspflicht für Abfälle, die einer Rücknahme- oder Rückgabepflicht nach § 25 unterliegen (S. 1 Nr.1), die in Wahrnehmung einer Produktverantwortung nach § 26 freiwillig zurückgenommen werden (S. 1 Nr. 2) oder die durch gemeinnützige (S. 1 Nr. 3) oder gewerbliche Sammlung (S. 1 Nr. 4) einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden. Gemischte Abfälle aus privaten Haushaltungen sowie gefährliche Abfälle sind gem. Abs. 2 S. 2 von der gemeinnützigen und gewerblichen Sammlung ausgenommen.

Diese Ausnahmen von der Überlassungspflicht stellen aber nicht die Eigenentsorgungspflicht wieder her – auch wenn es aus deren Perspektive zunächst den Anschein von Rückausnahmen erweckt.<sup>103</sup> Vielmehr handelt es sich um die Eröffnung weiterer, überwiegend privatwirtschaftlicher, Entsorgungswege, derer sich der Abfallerzeuger bzw. –besitzer im Rahmen der Überlassung bedienen kann. Dies ändert nichts am grundsätzlichen Überlassungsrecht und der Entsorgungspflicht der öRE gem. § 20 KrWG.<sup>104</sup>

Im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 Krw-/AbfG, kann die Entsorgungspflicht der Abfallerzeuger und –besitzer durch die Beauftragung Dritter nicht mehr übertragen werden.<sup>105</sup>

## **2. Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen**

Die wohl bedeutsamste und konfliktreichste Ausnahme von der Überlassungspflicht ist § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG.<sup>106</sup> Von der gewerblichen Sammlung zu unterscheiden sind Sammelsysteme, die dem Rechtsregime der Verpackungsverordnung unterliegen (Holsysteme mit dem Gelben Sack oder der Gelben Tonne

---

<sup>102</sup> Peters/Hesselbarth/Peters, Rn. 881; Klement in Schmehl, § 17 Rn. 2.

<sup>103</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 3, 112.

<sup>104</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 125.

<sup>105</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 2.

<sup>106</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 17 Rn. 136.

oder Bringsysteme durch in Haushaltsnähe aufgestellte Container zur Wertstoffsammlung).

Eine Legaldefinition der gewerblichen Sammlung enthält § 3 Abs. 18 KrWG. Danach handelt es sich um eine Sammlung, die zum Zweck der Einnahmeerzielung erfolgt.

Die Durchführung der Sammeltätigkeit auf Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem Sammler und privaten Haushaltungen in dauerhaften Strukturen steht einer gewerblichen Sammlung nicht entgegen. In diesem Zusammenhang spielen Aspekte, wie die Größe, der Organisationsgrad und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Intensität oder Art des Marktverhaltens gegenüber dem Bürger keine Rolle.<sup>107</sup> Damit wurde eine Korrektur aufgrund mangelnder EU- Rechtskonformität des engen Sammlungsbegriffes, den das BVerwG durch das Altpapier-Urteil schuf, vorgenommen. Dieser hatte jegliche Tätigkeiten vom Begriff der gewerblichen Sammlung ausgeschlossen, die auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem wirtschaftlich tätigen Entsorger und den privaten Haushaltungen in dauerhaft festen Strukturen durchgeführt wurden.<sup>108</sup>

Durch die Regelung in § 3 Abs. 18 S. 2 KrWG wurde dieser Rechtsprechung die Grundlage entzogen.<sup>109</sup>

Die Ausnahme von der Überlassungspflicht für Abfälle, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, gilt gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KrWG nicht für gemischte Abfälle aus privaten Haushaltungen. Dies gilt auch, wenn der private Entsorger technisch zu einer Verwertung im Stande ist, der öRE aber nur beseitigen kann.<sup>110</sup> Grundlage für diese „Rückausnahme“ ist Art. 16 Abs. 1 AbfRRL, der „gemischte Siedlungsabfälle (Abfallschlüssel 20 03 01), die von privaten Haushaltungen eingesammelt werden“ dem Prinzip der Entsorgungsautarkie und Nähe unterstellt.<sup>111</sup> Da die Entsorgung

---

<sup>107</sup> BT-Drs. 17/60/52, S. 87.

<sup>108</sup> BVerwG, Urteil vom 18.06.2009, 7 C 16/08, NVwZ 2009, 1292, 1294, Rn. 31 ff.

<sup>109</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, § 3 Rn. 51.

<sup>110</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 3, 119.

<sup>111</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen § 17 Rn. 144.

dieser Abfälle zum Kernbereich der kommunalen Entsorgungspflichten im Rahmen der Daseinsvorsorge zählt, haben hier weder gewerbliche noch gemeinnützige Sammlungen Zugriff.<sup>112</sup>

#### **IV. Ausnahmen von der Überlassungspflicht**

##### **1. Ordnungsgemäße und schadlose Verwertung**

Eine gewerbliche Sammlung stellt gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KrWG für Abfälle nur dann eine Ausnahme von der Überlassungspflicht dar, wenn diese einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden. Wann dies der Fall ist, wird an § 7 Abs. 3 KrWG gemessen.<sup>113</sup>

Eine Verwertung ist gem. § 7 Abs. 3 S. 2 KrWG dann ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit den Vorschriften des KrWG und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Die Verwertung muss also formell und materiell rechtmäßig sein.<sup>114</sup>

Eine schadlose Verwertung liegt gem. § 7 Abs. 3 S. 3 KrWG dann vor, wenn nach der Beschaffenheit der Abfälle, dem Ausmaß der Verunreinigungen und der Art der Verwertung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Schadstoffanreicherungen im Wertstoffkreislauf erfolgen.

Um die Voraussetzung einer schadlosen Verwertung zu erfüllen reicht es nicht aus, dass die Verwertungsart und das Verwertungsprodukt umweltverträglich sind. Vielmehr wird dieses Kriterium bereits von der Ordnungsmäßigkeit abgedeckt.<sup>115</sup> Für eine schadlose Verwertung ist entscheidend, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird. Dazu ist eine Abwägung und ein nachvollziehbarer Ausgleich aller, auch entgegenstehender (Umweltschutzgüter aus

---

<sup>112</sup> BT-Drs. 17/6052, S. 87.

<sup>113</sup> OVG Münster Urteil vom 15.08.2013, 20 A 2798/11, BeckRS 2013, 54286, Rn. 87ff.; Jaras/Petersen, § 17 Rn. 138.

<sup>114</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 7 Rn. 48.

<sup>115</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 7 Rn. 54-55;

§ 1 KrWG, konkurrierende ökonomische und soziale Gemeinwohlinteresse) öffentlicher Belange notwendig.<sup>116</sup>

Werden die Anforderungen an eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung nicht erfüllt, greift die Überlassungspflicht für diese Abfälle wieder.<sup>117</sup>

## **2. Überwiegendes öffentliches Interesse als Rückausnahme**

### **a) Allgemeines**

Einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, können gem. § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Hs. KrWG überwiegende öffentliche Interessen. Im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 2. Hs. KrW-/AbfG enthält das KrWG an dieser Stelle eine Definition des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen.“.

Unter der Geltung des KrW-/AbfG bestand keine Einigkeit darüber, welche Voraussetzungen gegeben sein mussten, damit eine gewerbliche Sammlung aufgrund entgegenstehender öffentlicher Interessen untersagt werden konnte.<sup>118</sup> In seinem Altpapier-Urteil legte das BVerwG sodann fest, dass überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung bereits dann entgegenstehen, wenn die Sammlungstätigkeit nach ihrer konkreten Ausgestaltung „mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers“ hat.<sup>119</sup>

Die Europarechtskonformität dieser Rechtsprechung wurde nicht nur in wissenschaftlichen Aufsätzen<sup>120</sup>, sondern auch in der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte<sup>121</sup> und sogar von der EU Kommission<sup>122</sup> bezweifelt.

---

<sup>116</sup> Karpenstein/Dingemann in: Jarras/Petersen, § 7 Rn. 52.

<sup>117</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 95.

<sup>118</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarras/Petersen, § 17 Rn. 141.

<sup>119</sup> BVerwG, Urteil vom 18.06.2009, 7 C 16/08, NVwZ 2009, 1292, 1295 Rn. 33f.

<sup>120</sup> Beckmann/Wittmann in: AbfallR 2009, 235; Dieckmann in: AbfallR 2009, 270; Karpenstein in: AbfallR 2009, 247 (248)

<sup>121</sup> OVG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 13.10.2011, 11 S 67.10, ZUR 2012, 103, 104, Rn. 7; OVG Hamburg, Beschluss vom 18.02.2011, 5 Bs 196/10, ZUR 2011, 480, 481, Rn. 21 ff.; OVG Münster, Beschluss vom 30.05.2011, 20 B 1502/10, DVBl 2011, 964.

Angesichts dessen kann die sog. „Kollisionsklausel“<sup>123</sup> des § 17 Abs. 3 KrWG als „bewusste Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung“<sup>124</sup> gesehen werden. Die darin enthaltene Legaldefinition des Begriffs „überwiegender öffentlicher Interessen“ soll der Vollzugstauglichkeit und Rechtssicherheit, aber auch der EU-rechtlichen Absicherung der kommunalen Überlassungspflichten dienen.<sup>125</sup>

Demnach sind öffentliche Interessen betroffen, wenn die gewerbliche Sammlung die Funktionsfähigkeit des örE, eines von diesem beauftragten Dritten oder eines aufgrund § 25 KrWG eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet.

Dieser Begriff der „Gefährdung der Funktionsfähigkeit“ wird nachfolgend in einem kaskadenartigen Aufbau<sup>126</sup> der Vorschrift genauer definiert. Gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG ist eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder des von diesem beauftragten Dritten anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des örE wesentlich beeinträchtigt wird. Eine Präzisierung dieser wesentlichen Beeinträchtigung wird in S. 3 im Rahmen dreier Regelbeispiele vorgenommen. Dies gilt nicht, wenn die vom gewerblichen Sammler angebotene Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist, als die von dem örE oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung. In S. 5 und S. 6 werden die Kriterien für diesen Leistungsvergleich genannt.

Die Ausgestaltung der Regelung zur Konkretisierung des Begriffs der öffentlichen Interessen war mit Blick auf die Spannungen bei der Aufgabenverteilung zwischen örE und Privatwirtschaft „die umstrittenste Regelung im Gesetzgebungsverfahren“.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> Auskunftersuchen an die Bundesregierung, COMP/B-1/39734 vom 9.4.2010.

<sup>123</sup> BT-Drs. 17/6052, 87.

<sup>124</sup> OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.03.2013, 7 LA 181/11, BeckRS 2013, 48464.

<sup>125</sup> BT-Drs. 17/6052, 85.

<sup>126</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 151.

<sup>127</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 152.

## **b) Das Gesetzgebungsverfahren in Bezug auf § 17 Abs. 3 KrWG**

Im Entwurf der Bundesregierung<sup>128</sup> war vorgesehen, dass überwiegende öffentliche Interessen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, wenn die Sammlung in ihrer konkreten Ausgestaltung die Funktionsfähigkeit des örE, des von diesem beauftragten Dritten oder des auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet.

Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE oder des von diesem beauftragten Dritten war demnach anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert worden wären. Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation des örE hätten berücksichtigt werden müssen. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit hätte nicht angenommen werden dürfen, wenn der örE nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen.

Damit integrierte der Gesetzgeber die Rechtsprechung zu Art. 106 Abs. 2 AEUV, nach der eine schützenswerte Gefährdung des örE dann nicht angenommen werden kann, wenn dieser nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz selbst oder unter Einschaltung Dritter nach § 22 zu erbringen.<sup>129</sup>

Diese wettbewerbsfreundliche Regelung wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren, zum Vorteil kommunaler Überlassungspflichten, verändert.<sup>130</sup>

Bereits der Bundestag nahm einige Änderungen am Entwurf der Bundesregierung vor. So schlug der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vor, dass bei S. 1 nach den Worten „in ihrer konkreten Ausgestaltung“ die Worte „auch in Zusammenwirkung mit anderen Sammlungen“ eingefügt werden sollen. Mit dieser kumulativen Betrachtungsweise wurde erreicht, dass bei der Prüfung

---

<sup>128</sup> BT-Drs. 17/6052.

<sup>129</sup> BT-Drs. 17/6052, 88.

<sup>130</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 152.

der Zulässigkeit einer gewerblichen Sammlung nicht nur die Auswirkungen dieser einen Sammlung betrachtet werden, sondern auch alle anderen bereits bestehenden Sammlungen in die Prüfung mit einbezogen werden. Damit soll sichergestellt werden, dass es bei der Prüfung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen stets auf die Gesamtbelastung für den örE ankommt.<sup>131</sup>

Weiterhin sollten in S. 2 Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation des örE nicht mehr nur „berücksichtigt“ werden, sondern es sollte geprüft werden, ob eine „wesentliche Beeinträchtigung“ der Planungs- und Organisationsverantwortung zu erwarten ist. In einem neu eingefügten S. 3 wurde eine Konkretisierung eingefügt, wann eine solche „wesentliche Beeinträchtigung“ vorliegt. Diese soll als Leitlinie für Betroffene und Behörden dienen.<sup>132</sup>

Eine wesentliche Änderung wurde mit der Umgestaltung von S. 4 und der Einfügung des neuen S. 5 vorgenommen. Der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit machte folgenden Vorschlag für S. 4 in seiner Beschlussempfehlung: „Die Sätze 2 und 3 gelten nicht, wenn der örE die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen selbst oder unter Beauftragung Dritter nicht in mindestens gleichwertiger Weise erbringt und die Erbringung gleichwertiger Leistungen auch nicht konkret plant.“ Der drauffolgende S. 5 sollte heißen: „Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit sind die gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit, die Qualität, der Umfang, die Effizienz und die Dauer der Leistungen zu berücksichtigen.“<sup>133</sup>

Der Bundesrat teilte die Auffassung des Bundestages bezogen auf die Änderungen in S.1 wie auch die in S. 2. Allerdings war er der Auffassung, dass die S. 4 und 5 ersatzlos entfallen müssten, da die dort vorgesehene „Gleichwertigkeitsprüfung“

---

<sup>131</sup> BT-Drs. 17/7505, 43.

<sup>132</sup> BT-Drs. 17/7505, 44.

<sup>133</sup> BT-Drs. 17/7505, 4.

mit erheblicher Unsicherheit verknüpft und für die Länder kaum vollziehbar wäre.<sup>134</sup>

Somit konnte eine Einigung erst im Vermittlungsausschuss gefunden werden. Eine gewerbliche Sammlung muss demnach gem. § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG „wesentlich leistungsfähiger, als die des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung sein“.<sup>135</sup> Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit sind gem. S. 5 sowohl die in Bezug auf die Ziele der Kreislaufwirtschaft zu beurteilenden Kriterien der Qualität und der Effizienz, des Umfangs und der Dauer der Erfassung und Verwertung der Abfälle als auch die aus Sicht aller privaten Haushalte im Gebiet des öRE zu beurteilende gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit der Leistung zugrunde zu legen. Gem. dem neu eingefügten S. 6 sind Leistungen, die über die unmittelbare Sammel- und Verwertungsleistung hinausgehen, insbesondere Entgeltzahlungen, bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht zu berücksichtigen.<sup>136</sup>

In dieser Ausgestaltung wurde § 17 Abs. 3 KrWG schlussendlich beschlossen.<sup>137</sup>

### **c) Überwiegende öffentliche Interessen**

#### **aa) Allgemeines**

War im Referentenentwurf noch die Rede davon, dass „überwiegende öffentliche Interessen“ einer gewerblichen Sammlung „insbesondere“ dann entgegenstehen, wenn die Funktionsfähigkeit des öRE gefährdet ist, wurde in der gültigen Gesetzesfassung eine abschließende Definition aufgenommen, die weitere Belange, die über die Tatbestandsmerkmale des § 17 Abs. 3 KrWG hinausgehen, von der Betrachtung ausschließt.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> BR-Drs. 682/11, 2.

<sup>135</sup> BT-Drs. 17/8568, 2.

<sup>136</sup> BT-Drs. 17/8568, 2.

<sup>137</sup> BR-Drs. 71/12.

<sup>138</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 155; Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 44.



In diesem Zusammenhang von einem „engen Korsett“<sup>139</sup> zu sprechen, mag angesichts der Ausgestaltung der Legaldefinition in § 17 Abs. 3 KrWG gerechtfertigt sein. Fraglich ist allerdings, ob dadurch die Abwägung des Einzelfalls verhindert wird.<sup>140</sup> Durch die Legaldefinition der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ entfällt das Erfordernis einer Abwägung zwischen den Interessen des gewerblichen Sammlers und den öffentlichen Interessen.<sup>141</sup> Allerdings ist eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls dennoch im Zuge der Subsumtion auf Tatbestandsseite der Norm geboten.<sup>142</sup> Zum Ausdruck kommt dies in der Formulierung, wonach die Sammlung „in ihrer konkreten Ausgestaltung“ zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, des Drittbeauftragten oder des Rücknahmesystems führen muss.

Danach ist für die Entscheidung, ob eine gewerbliche Sammlung „überwiegenden öffentlichen Interessen“ nicht im Weg steht, die Prüfung des Einzelfalls entscheidend.<sup>143</sup> Der Auffassung, dass die eng ausgestaltete Legaldefinition die Abwägung des Einzelfalls verhindert, ist schon deshalb nicht zu folgen, weil eine hinreichende Konkretisierung des Tatbestands notwendig ist, um die Bestimmtheitsanforderungen des EU-Rechts zu erfüllen.<sup>144</sup>

Nach dem durch den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vorgeschlagenen Einschub in § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG, kann eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit „im Zusammenwirken“ mit anderen Sammlungen entstehen. Um diese zu verhindern, kann die Behörde bei der Betrachtung der Auswirkungen einer Sammlung die bereits bestehenden Sammlungen mit einbeziehen.<sup>145</sup> So wird der Behörde ermöglicht, auf eine nachträgliche Veränderung durch das Hinzu-

---

<sup>139</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 132.

<sup>140</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 132: „Die fehlende Möglichkeit, Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und Fallgruppen zu bilden, kann auch bei der Einpassung der Rückausnahme in die Rechtsverordnung Schwierigkeiten bereiten.“, so auch Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 112

<sup>141</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 156.

<sup>142</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 156.

<sup>143</sup> So auch Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 156 und Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 45.

<sup>144</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 114.

<sup>145</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 155.

kommen weiterer gewerblicher Sammlungen reagieren zu können.<sup>146</sup> Dabei sind lediglich bereits bestehende Sammlungen mit in die Betrachtung einzubeziehen. Sammlungen, die in der Zukunft liegen, auch wenn sie bereits konkret geplant sind, dürfen nicht in die Betrachtung der Auswirkungen einbezogen werden.<sup>147</sup> Auch ist eine Abstimmung der Sammler untereinander schon deshalb nicht erforderlich, da eine solche Regelung die ÖRE in ihrer Position schwächen würde.<sup>148</sup> Eine solche Wirkung war vom Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, angesichts seiner im Gesetzgebungsverfahren wertschätzenden Haltung den Überlassungspflichten gegenüber, wohl kaum beabsichtigt.

## **bb) Gefährdung der Funktionsfähigkeit**

§ 17 Abs. 3 S. 1 KrWG bestimmt, dass „überwiegende öffentliche Interessen“ einer gewerblichen Sammlung dann entgegenstehen, wenn diese die Funktionsfähigkeit des örE, des von diesem Beauftragten Dritten oder des aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet. Wann eine solche Gefährdung der Funktionsfähigkeit vorliegt, wird durch § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG konkretisiert. Nach der ersten Variante ist eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert wird. Variante zwei geht von einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit aus, wenn die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des örE wesentlich beeinträchtigt wird.

Beide Varianten stehen selbstständig nebeneinander und bestimmen den Begriff abschließend. Eine kumulative Anwendung ist denkbar, aber nicht erforderlich.<sup>149</sup> Da es sich um widerlegbare Vermutungen handelt, ist auch bei Vorliegen einer der beiden Varianten denkbar, dass die Überlassungspflicht dennoch entfällt.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> Petersen/Doument/Stöhr, NVwZ 2012, 521, 527.

<sup>147</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 116.

<sup>148</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 133.

<sup>149</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 160; Klement in Schmehl § 17 Rn. 134; Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 44.

<sup>150</sup> VG Ansbach, Urteil vom 16.01.2013, 11 K 12.01000, ZUR 2013, 235, Rn.37; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 160, Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 46, 48; Klement in Schmehl § 17 Rn. 134: S. 2 als unwiderlegliche Vermutung.

Die Beweislast liegt in diesem Fall bei der Behörde, auch für die Ermittlung des Sachverhalts, der für die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung spricht.<sup>151</sup>

### **(1) Verhinderung der nach § 20 KrWG bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen**

Wann die Erfüllung der nach § 20 KrWG bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen durch eine gewerbliche Sammlung verhindert wird, ist in § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG nicht genauer konkretisiert worden. Eine Orientierung zur Auslegung und Anwendung hat der Gesetzgeber aber eröffnet, indem er der vom EuGH in stRspr. konkretisierten Grenzziehung des Art. 106 Abs. 2 AEUV folgt.<sup>152</sup>

Dieser Rechtsprechung zufolge genügt es, dass die Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG erforderlich ist, um deren Inhaber „die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen“. <sup>153</sup> Es ist demnach grds. nicht erforderlich, dass das wirtschaftliche Überleben des vom öRE mit der Sammlung beauftragten Unternehmens beim Entfall der Überlassungspflicht bedroht ist. <sup>154</sup>

Hierzu hat der EuGH in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass eine Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten des öRE zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen, den Ausgleich zwischen den rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen und die Möglichkeit der Gebührenerhöhung zum Zwecke der Finanzierung der entsprechenden Dienstleistung erfordert. <sup>155</sup>

Daher ist der Auffassung nicht zu folgen, wonach die Verwertungserlöse einzelner Abfallfraktionen für eine Aufgabenwahrnehmung zu wirtschaftlich ausgewo-

---

<sup>151</sup> VGH Mannheim Beschluss vom 09.09.2013, 10 S 1116/13, ZUR 2014, 112 Rn. 31; OVG Münster, Beschl. v. 19.7.2013 – 20 B 122/13, KommJur 2013, 352 Rn. 15 ; Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 118.

<sup>152</sup> BT-Drs. 17/6052, 87 f.

<sup>153</sup> EuGH, Urteil vom 15. 11. 2007, C-162/06, International Mail Spain, Rn. 34, BeckEuRS 2007, 462877.

<sup>154</sup> EuGH, Urteil vom 17.05. 2001, C-340/99, TNT Traco, , NVwZ 2009, 1063 Rn. 54.

<sup>155</sup> EuGH, Urteil vom 17. 5. 2001, C-340/99, TNT Traco, Slg. 2001, I-4109 Rdnr. 55; Proelß in NuR 2014, 36.

genen Bedingungen durch den öRE nicht erforderlich sind.<sup>156</sup> Richtig ist zwar, dass die Stabilität des öffentlich rechtlichen Systems auch davon geprägt wird, dass es Schwankungen bei der Nachfrage auch durch Gebührenerhöhungen ausgleichen kann.<sup>157</sup> Allerdings soll der Staat Dienstleistungen nicht nur solange erbringen, wie er Verluste aus Haushaltsmitteln zu kompensieren vermag und möchte, vielmehr soll er auch die Möglichkeit haben, Dienstleistungen auf eine Art und Weise gestalten zu dürfen, dass sie sich dauerhaft selbst finanzieren.<sup>158</sup>

Bezogen auf die Abfallentsorgung bedeutet dies, dass die vom öRE getragenen Kosten für sein Entsorgungssystem zu bestimmten Teilen durch die gewinnbringende Verwertung getrennt erfasster Haushaltsabfälle gegenfinanziert werden können.<sup>159</sup>

Dabei gilt es aber auch zu berücksichtigen, dass die Abfallentsorgung als Aufgabe im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge nicht der Gewinnorientierung dienen darf.<sup>160</sup> Die öRE haben die Abfallgebühren vielmehr kostendeckend zu kalkulieren.<sup>161</sup>

Eine Verhinderung der Erfüllung der Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen, kann insbesondere nicht ausnahmslos an Gebührensteigerungen festgemacht werden.<sup>162</sup> Die Beurteilung gebührenrechtlicher Aspekte wird bereits von der zweiten Alternative des § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG (wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung) abgedeckt.<sup>163</sup> Allerdings ist eine „randscharfe Trennung des Elements der wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen von gebührenrechtlichen Aspekten nicht aufrechterhalten“.<sup>164</sup> Wird demnach die Höhe der vom öRE festgelegten Gebühren mit

---

<sup>156</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 120.

<sup>157</sup> Klement in Schmehl §17 Rn. 137.

<sup>158</sup> BT-Drs. 17/6052; Klement in Schmehl, §17 Rn. 140; Petersen in: NVwZ 2009, 1070, 1070.

<sup>159</sup> Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Umweltausschusses, Ausschussdrucksache 17/16/350 –F; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 163.

<sup>160</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 163.

<sup>161</sup> Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 47.

<sup>162</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 141.

<sup>163</sup> OVG Münster, Urteil vom 15.08. 2013, 20 A 2798/11, BeckRS 2013, 54286.

<sup>164</sup> Proelß in: NuR 2014 745, 750.

in die Betrachtung einbezogen, liegt eine Verhinderung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen aber erst dann vor, wenn eine gewisse Gebühreneinnahme überschritten wird.<sup>165</sup> Hier ist insbesondere das Äquivalenzgesetz zu beachten, nachdem die Höhe der Abfallgebühren bundesrechtlich in dem Sinne beschränkt ist, dass diese nicht unverhältnismäßig hoch im Vergleich zur erbrachten Leistung sein dürfen.<sup>166</sup>

Für die Rechtfertigung einer wesentlichen Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ist es weder ausreichend, dass die Erfüllung der Aufgabe durch eine gewerbliche Sammlung lediglich erschwert oder behindert wird<sup>167</sup>, noch, dass dem örE nur geringfügige Abfallmengen entzogen werden.<sup>168</sup> Sammlungen mit kleinen Mengen können daher regelmäßig nicht nach § 17 Abs 2 S. 3 und 4 KrWG untersagt werden.<sup>169</sup> Vielmehr muss eine „bestimmte Fühlbarkeit“<sup>170</sup> der Auswirkungen erreicht werden, also eine Situation vorliegen, in der der örE seiner Aufgabe ohne die Überlassungspflicht nicht mehr nachkommen kann.<sup>171</sup> Denkbar wäre, dass die Funktionsfähigkeit eines Rücknahmesystems des örE dauerhaft eingeschränkt wird. Diese Beeinträchtigung könnte durch die Nichterfüllung festgelegter Erfassungs- und Verwertungsquoten eintreten.<sup>172</sup>

## **(2) Wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung**

In einer zweiten Alternative des § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG ist die Funktionsfähigkeit des örE, des von diesem Beauftragten Dritten oder des aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet, wenn die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung wesentlich beeinträchtigt wird.

---

<sup>165</sup> VG Arnsbach, Urteil vom 03.07. 2013, AN 11 K 13.00617, BeckRS 2013, 53168; zustimmend VGH Mannheim, Beschluss vom 09.09. 2013, 10 S 1116/13, BeckRS 2013, 55848,.

<sup>166</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 166.

<sup>167</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 164.

<sup>168</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 09.09.2013, 10 S 1116/13, BeckRS 2013, 55848.

<sup>169</sup> Proelß in: NuR, 2014, 745, 750.

<sup>170</sup> Frenz AbfallR 2012, 168, 170; Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 47.

<sup>171</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 136.

<sup>172</sup> BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006, 7 C 9/05, NVwZ 2006, 688; Beckmann in: Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 126

Eine Aufwertung zu einem eigenen Schutzobjekt hat die „Planungssicherheit und Organisationsverantwortung“ durch den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Bundestages erfahren. Der Regierungsentwurf hatte lediglich die Berücksichtigung der Auswirkungen auf „Planungssicherheit und Organisation“ vorgesehen. Die Fallgruppen des § 17 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 KrWG wurden zur Gewährleistung eines fairen Interessenausgleiches eingefügt.<sup>173</sup>

Zentrales Merkmal des S. 2, 2. Alt. ist die Formulierung „wesentliche Beeinträchtigung“.<sup>174</sup> Damit sollen die Anmerkungen der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren 2001/0148/D umgesetzt werden.<sup>175</sup> Zunächst bestanden dort Bedenken, dass der Regierungsentwurf mit der einfachen Berücksichtigung der „Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger“ eine unangemessene Beschränkung des Wettbewerbs eintreten könnte, da der Zugang eines neuen Wettbewerbs zwangsläufig Änderungen und damit einhergehend auch strukturelle Änderungen hervorruft.<sup>176</sup>

Mit dem Merkmal der „Wesentlichkeit der Beeinträchtigung“ soll sichergestellt werden, dass nur relevante bzw. spürbare Beeinträchtigungen auf die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE die Rechtsfolge der Einschränkung einer gewerblichen Sammlung mit Begründung der entgegenstehenden überwiegenden Interessen rechtfertigen.<sup>177</sup>

#### **(a) Haushaltsnahe oder sonstige hochwertige Erfassung und Verwertung**

Nach § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG liegt eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung insbesondere dann vor, wenn durch die gewerbliche Sammlung Abfälle erfasst werden, für die der öRE oder der von diesem beauftragte Dritte eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der Abfälle durchführt.

---

<sup>173</sup> BT-Drs. 17/7505, 43 – 44.

<sup>174</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 170.

<sup>175</sup> BT-Drs. 17/7505, 43.

<sup>176</sup> Mitteilung der Europäischen Kommission, SG (2011) D 51545/, S. 6; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 169.

<sup>177</sup> BT-Drs. 659/16 S. 13.

Die Formulierung des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG lässt die Annahme zu, dass jedes Nebeneinander eines hochwertigen und kommunalen Systems und einer gewerblichen Sammlung zu einer Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 2, 2. Alt. KrWG und damit zu einer Einschränkung bzw. Untersagung der gewerblichen Sammlung durch die Behörde führen kann. Mit dieser Auslegung wäre Abs. 3 S. 3 Nr. 1 als unionsrechtswidrig zu betrachten, da hier kein Schutz einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse gem. Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV, sondern ein Schutz der Aufgabenerfüllung durch den öRE impliziert wird.

Bei der Auslegung ist daher vielmehr auf das Merkmal der „Wesentlichkeit der Beeinträchtigung“ abzustellen. Denn nicht jeder noch so geringe Abfallentzug kann zu einer Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung führen.<sup>178</sup>

Dies setzt voraus, dass es sich bei § 17 Abs. 2, 2. Alt. KrWG um eine widerlegbare Vermutung handelt. Anderenfalls könnte das Erfordernis einer Irrelevanzschwelle nicht existieren.<sup>179</sup>

Die Frage, wo diese Irrelevanzschwelle anzusetzen ist, ist in der Rechtsetzung umstritten.<sup>180</sup> In seinem Urteil vom 30.06.2016 hat das BVerwG<sup>181</sup> aber festgestellt, dass das Unionsrecht eine einschränkende Auslegung des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG gebietet, wonach nicht jede geringfügige Auswirkung der gewerblichen Sammlungen auf die haushaltsnahe Erfassung und Verwertung von Abfällen durch den öRE genügt. Vielmehr müssen Sammlungen ausgenommen werden, die gerade wegen ihrer Eigenheit nur unbedeutende Auswirkungen haben können. Bei der Frage, wann eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung vorliegt, „kommt es folglich darauf an, ob durch einen Marktzugang des gewerblichen Sammlers die Grundstrukturen der Entsorgung, die der öRE zur Gewährleistung einer sachgerechten Aufgabenerfüllung

---

<sup>178</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 128.

<sup>179</sup> VG Ansbach Urteil vom 7.8.2013 AN 11 K 12.002212, Rn. 36; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 171.

<sup>180</sup> Ausführlich Wenzel in ZUR (2014) 586.

<sup>181</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

lung nach Maßgabe seiner organisatorischen Grundentscheidung ins Werk gesetzt hat , wesentlich umgestaltet werden müssten“.<sup>182</sup>

Ob eine solche Beeinträchtigung gegeben ist, bestimmt sich insofern „nach den Auswirkungen auf die vom örE zu erzielende Sammelmenge.“<sup>183</sup> Das BVerwG sieht zur Ermittlung „bis zu welchem Ausmaß einer prognostizierten Mengeneinbuße die Entsorgungsstruktur des örE im Wesentlichen unverändert bleiben kann“<sup>184</sup> eine „Irrelevanzschwelle“ vor. Diese soll unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erfolgen, feste Maßstäbe oder Prozentzahlen gibt das BVerwG indes nicht vor.<sup>185</sup> Allerdings stellt es fest, dass „die Schwelle, unterhalb derer wesentliche Änderungen der Entsorgungsstruktur typischerweise nicht zu erwarten sind (...) bei Abfallfraktionen wie den Alttextilien nicht zu niedrig anzusetzen sind.“<sup>186</sup> Weiterhin sei die in der Rechtsprechung vielfach herangezogene Schwelle von 10 bis 15 % Anteil an der gesamten Sammelmenge angemessen.<sup>187</sup>

Da allerdings keine hinreichende Begründung dieser Irrelevanzschwelle durch das BVerwG vorgenommen wurde, sind hier weitere Gerichtsverfahren zu erwarten, da sowohl die örE als auch die private Entsorgungswirtschaft Auslegungen zu ihren jeweiligen Gunsten vornehmen werden.

### **(b) Gefährdung der Gebührenstabilität**

Nach § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG liegt eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung auch dann vor, wenn die Stabilität der Gebühren gefährdet wird. Während die Verhinderung einer gebührenrechtlichen Überforderung der privaten Haushalte als eigenständiges unmittelba-

---

<sup>182</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 51.

<sup>183</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 52.

<sup>184</sup> Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 84.

<sup>185</sup> Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 84.

<sup>186</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 59.

<sup>187</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 09.09.2013, 10 S 116/13, ZUR 2014, 112 Rn. 42; OVG Münster, Urteil vom 21.11.2015, 20 A 2120/14, NVWB1. 2016, 117; einschränkend Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 85: Die im Urteil genannte Schwelle von 10–15 Prozent dürfte jedoch nur dann gerechtfertigt sein, wenn lediglich die – aus Sicht eines bereits etablierten kommunalen Erfassungssystems – künftig zu erwartenden Einbußen hier hineingerechnet werden, nicht aber auch die Mengen solcher Sammlungen, die lediglich den Rahmen für die bisherige Entwicklung des kommunalen Systems bilden.



res Interesse unter Geltung des § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG noch umstritten war, hat der Gesetzgeber im KrWG diesen Tatbestand anerkannt.<sup>188</sup>

Fraglich ist, was unter einer Gefährdung der Gebührenstabilität zu verstehen ist. Weder das Gesetz selbst, noch die Begründung liefern hierzu Maßstäbe. Da gewerbliche Sammlungen in der Regel auf Wertstoffe abzielen, sind diese grundsätzlich geeignet, die Gewinne des öRE zu verkleinern und dadurch die Kosten zu erhöhen, was wiederum Auswirkungen auf die Höhe der Abfallgebühren hat.<sup>189</sup> Dies würde bedeuten, dass im Ergebnis praktisch jede gewerbliche Sammlung über § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG untersagt werden könnte.<sup>190</sup> Dies kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sein, hat er schließlich die Ausnahme von der Überlassungspflicht für gewerbliche Sammlungen geschaffen.<sup>191</sup> Weiterhin wäre eine solche Auslegung nicht mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar, da der Wettbewerb gänzlich ausgeschlossen würde.<sup>192</sup>

Insofern ist der Begriff der Gebührenstabilität so auszulegen, dass lediglich geringfügige Gebührensteigerungen hiervon nicht erfasst werden.<sup>193</sup> Zur Orientierung kann hier die Rs. zu § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG herangezogen werden, gemäß welcher geringfügige Gebührensteigerungen, die sich im Rahmen der „üblichen Gebührenschwankungen“ bewegen<sup>194</sup>, die nicht von „signifikanter Größenordnung“<sup>195</sup> sind, kein öffentliches Interesse begründen.<sup>196</sup>

### **(c) Diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen**

Das dritte Fallbeispiel in § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG schützt die diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen, die weder er-

---

<sup>188</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 148; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 179.

<sup>189</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 150; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 179.

<sup>190</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 150.

<sup>191</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 133.

<sup>192</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 150.

<sup>193</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 133.

<sup>194</sup> OVG Schleswig, 22.04.2008, 4 LB 7/06, NVwZ 2008, 922, 924.

<sup>195</sup> OVG Hamburg, 08.07.2008, 1 Bs 91/08, NVwZ 2008, 1133, 1135.

<sup>196</sup> OVG Lüneburg, 24.01.2008, 7 ME 192/07, NVwZ 2008, 1137, 1139; Klement in Schmehl, §17 Rn. 150

schwert noch unterlaufen werden darf. Nach dem Altpapier-Urteil des BVerwG soll die Regelung „die wettbewerbskonforme Einbindung der privaten Entsorgungswirtschaft in die kommunale Aufgabenwahrnehmung“ schützen.<sup>197</sup>

Ziel dieser Vorschrift ist, die vom örE vergebene Leistung vor Wettbewerb zu schützen. Der erfolgreiche Bieter soll also auf die Exklusivität seiner Leistungserbringung vertrauen dürfen.<sup>198</sup> Dies gilt unabhängig von dem Leistungsvergleich in S. 4.<sup>199</sup>

Fraglich ist, inwieweit diese Vorschrift tatsächlich notwendig ist, da der örE bei der Formulierung der Ausschreibungsbedingungen die Existenz gewerblicher Sammlungen sowie Mengenschwankungen und Schutzvorschriften zu Schadensersatzansprüchen bereits berücksichtigen kann.<sup>200</sup>

### **(3) Wesentlich höhere Leistungsfähigkeit der gewerblichen Sammlung**

Die Rückausnahme des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG entfällt, wenn die vom gewerblichen Sammler angebotene Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist, als die von dem örE oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung. Damit ist ein Leistungsvergleich zwischen dem gewerblichen Sammler und dem örE gefordert.<sup>201</sup>

Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit ist gem. S. 5 insbesondere auf die in Bezug auf die Ziele der Kreislaufwirtschaft (§ 1 KrWG) zu beurteilenden Kriterien der Qualität und Effizienz, des Umfangs und der Dauer der Erfassung und Verwertung der Abfälle abzustellen. „Gleichsam als Korrektiv“<sup>202</sup> ist aber auch eine gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit der Leistung zu beachten. Letztere reflektiert die gemeinsamen Werte der Union, nach denen es gem. des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zum Lissabon-Vertrag für Daseinsvorsorgeleistungen insbesondere auf „die Bedürfnisse

---

<sup>197</sup> BT-Drs. 17/7505, 44.

<sup>198</sup> Wenzel in: ZUR 2014, 579, 587.

<sup>199</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 185.

<sup>200</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 134.

<sup>201</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 192.

<sup>202</sup> Petersen/Doument/Stöhr in: NVwZ 2012, 521, 527.

und Präferenzen der Nutzer“ sowie auf „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ ankommt.<sup>203</sup>

Die Sammelleistungen des örE oder des von ihm beauftragten Dritten, die mit denen des gewerblichen Sammlers verglichen werden sollen, müssen bereits erbracht werden, oder die Erbringung muss zumindest konkret geplant sein. Nur innere Motivation oder allgemeine Willensbekundungen reichen nicht aus. Erforderlich sind die Beschlüsse der verantwortlichen Gremien des örE (z.B. Kreistagsbeschluss).<sup>204</sup>

Die Darlegungslast der wesentlich höheren Leistungsfähigkeit liegt beim gewerblichen Sammler.<sup>205</sup>

War im Gesetzesentwurf noch die Gleichwertigkeit der Sammlungen ausreichend, wird in der gültigen Fassung die wesentlich höhere Leistungsfähigkeit gefordert.<sup>206</sup> Dieses Erfordernis ist umstritten.<sup>207</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, nach welchen Kriterien eine Beurteilung erfolgen kann. Hier erscheint es wenig zweckmäßig, auf die einzelnen in Abs. 3 S. 5 genannten Merkmale abzustellen. Vielmehr ist eine Gegenüberstellung der „Gesamtleistungen“ der gewerblichen Sammlung und des örE vorzunehmen.<sup>208</sup>

Dabei kann in den Grenzen des Abs. 3 S. 6 unter Beachtung weiterer leistungsrelevanter Merkmale ein Leistungsvergleich durchgeführt werden, ohne, dass der gewerbliche Sammler eine unverhältnismäßig hohe Hürde zu nehmen hat.

Gem. dem Urteil des BVerwG vom 30.06.2016<sup>209</sup> ist eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Gesamtheit aller im jeweiligen Entsorgungsgebiet tätigen gewerblichen Sammler nicht zweckmäßig. Unter Anwendung der teleologischen

---

<sup>203</sup> BT-Drs. 17/7505, S. 45.

<sup>204</sup> BT-Drs. 17/7505, S. 45.

<sup>205</sup> Petersen/Doument/Stöhr in: NVwZ 2012, 521, 527.

<sup>206</sup> BT-Drs. 17/6052, 17 bzw. BT-Drs. 17/7505, 4.

<sup>207</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 138: Anforderungen seien unverhältnismäßig hoch angesetzt.

<sup>208</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 162

<sup>209</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

Auslegung urteilte das Gericht, es sei auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen gewerblichen Sammlers abzustellen. Nur so könnte die Verlässlichkeit der entsprechenden gewerblichen Sammlung garantiert werden.<sup>210</sup>

## V. Ergebnisse

Überlassungspflichten wurden ursprünglich im Rahmen der Abfallbeseitigung als öffentliche Aufgabe zum Zwecke des Umweltschutzes in das deutsche Abfallrecht aufgenommen.

Mit der Umstellung vom Prinzip der Daseinsvorsorge auf das Verursacherprinzip stellen die Überlassungspflichten eine Ausnahme dar. Ist der Abfallerzeuger bzw. –besitzer nicht in der Lage seine Abfälle selbst zu verwerten, muss er sie dem öRE überlassen.

Eine Ausnahme von den Überlassungspflichten ist die gewerbliche Sammlung gem. § 17 Abs. 2 Nr. 4 KrWG. Allerdings entstand über die Zugriffsmöglichkeiten der privaten Entsorgungswirtschaft auf werthaltige Abfälle aus privaten Haushaltungen ein Konflikt, der durch die Neuregelung der Vorschriften zu den Überlassungspflichten im Rahmen des § 17 KrWG befriedet werden sollte.<sup>211</sup>

Im Ergebnis hat die Regelung des § 17 Abs. 3 KrWG seit ihrem Inkrafttreten am 01.06.2012 allerdings zu einer Vielzahl an gerichtlichen Auseinandersetzungen in den Bundesländern mit unterschiedlichen Entscheidungen der Obergerichte geführt.<sup>212</sup> Überwiegend wurde in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass ein enges Wortlautverständnis der Ausnahmen des § 17 Abs. 3 KrWG einen „Freifahrtschein“ für die öRE bei der Untersagung von gewerblichen Sammlungen darstellt und dies wohl kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein konnte, insbesondere in Hinblick auf die Verfassungs- und Europarechtskonformität der Vorschrift.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> BVerwG, Urt. v. 30.6.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, Rn. 15.; Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 84.

<sup>211</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 225.

<sup>212</sup> Siehe hierzu die Übersicht mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen von Wenzel, ZUR 2014, 579 ff.

<sup>213</sup> Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 82.

Im Mittelpunkt der Streitigkeiten steht weiterhin die Frage nach der Europarechtskonformität der Vorschriften und ihrer jeweiligen Auslegung. Hier ist auch umstritten, ob es sich bei der Entsorgung von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushalten im Rahmen der Entsorgungspflichten des § 20 KrWG um „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im europarechtlichen Sinne handelt und ob in diesem Zusammenhang eine Rechtfertigung der Überlassungspflichten gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV zulässig ist.

### **Kapitel 3: Die Europarechtskonformität getrennt erfasster Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen**

Dieses Kapitel soll der Prüfung dienen, ob die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG mit europäischem Recht vereinbar sind. Dazu wird sowohl europäisches Sekundärrecht als auch Primärrecht herangezogen und die möglichen Rechtfertigungsoptionen eines Eingriffs geprüft.

#### **A. Beeinträchtigung von europäischem Sekundärrecht**

Im Rahmen der Prüfung der Europarechtskonformität der Überlassungspflichten von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen ist das europäische Sekundärrecht vorrangig der primärrechtlichen Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts zu prüfen. Dieser Prüfungsvorrang ist allerdings nicht kollisionsrechtlich zu verstehen, denn das Primärrecht ist dem Sekundärrecht in der Normenhierarchie übergeordnet. Vielmehr ist das Sekundärrecht aufgrund seines Detaillierungsgrades und seines über die Grundfreiheiten hinausreichenden Schutzes vorrangig zu prüfen.<sup>214</sup>

Demnach greift die im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit durchzuführende Prüfung nach der „Cassis-de-Dijon“ Entscheidung<sup>215</sup> des EuGH wonach zu prüfen ist, ob die das Handelshemmnis bewirkende Bestimmung notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, nur „in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung“ ein. Der EuGH hat in diesem Zusammen-

---

<sup>214</sup> Calliess/Ruffert, Art. 288 Rn. 8.

<sup>215</sup> EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, NJW 1979, 1766 Rn. 8.

hang festgestellt, dass die Beurteilung einer nationalen Maßnahme auf einem abschließend harmonisierten Gebiet anhand des Primärrechts nicht zulässig ist.<sup>216</sup>

Allerdings müssen sich sekundärrechtliche Vorschriften an den Grundfreiheiten als Rechtmäßigkeitsmaßstab für jegliches abgeleitetes Unionsrecht messen lassen (primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts).

Einschlägiges Sekundärrecht zur Prüfung der Europarechtskonformität der Überlassungspflichten von getrennt gesammelten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen sind die EU-AbfVerbrV<sup>217</sup> und die AbfRRL.

## **I. Die Abfallverbringungsverordnung**

Als *lex specialis* für die Frage, ob die Überlassungspflichten gegen Europarecht verstoßen, sind vorrangig die Regelungen der AbfVerbrV zu überprüfen.<sup>218</sup> Diese regeln gem. Art. 1 AbfVerbrV den grenzüberschreitenden Transport von Abfällen.

Fraglich ist, inwieweit die AbfVerbrV als Maßstab für die Europarechtskonformität der Überlassungspflichten von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen herangezogen werden kann.

In seinem Urteil vom 30.06.2016 hat das BVerwG<sup>219</sup> entschieden, dass die AbfVerbrV eine auf den Umweltschutz bezogene Bestimmung darstellt und nicht darauf ausgerichtet ist, den freien Warenverkehr von Abfällen innerhalb der Gemeinschaft zu verwirklichen.<sup>220</sup> Die Anwendbarkeit der Verordnung sei weder durch das Kohärenzgebot in Art. 33 AbfVerbrV (Eine insbesondere der Vorschrift des Art. 18 AbfVerbrV über Informationspflichten bei der Verbringung von Abfällen zur Verwertung widersprechende Regelung ist in der Überlassungspflicht gem. § 17 Abs. 1 KrWG nicht enthalten), noch durch die Begründung, dass eine

---

<sup>216</sup> Calliess/Ruffert, Art. 288 Rn. 8.

<sup>217</sup> Verordnung EG 1013/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Verbringung von Abfällen Abl. L 190 vom 12.07.2006, S. 1.

<sup>218</sup> Schink/Karpenstein: Gutachten zur Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne, kann hier abgerufen werden:  
[http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Abfallwirtschaft/um\\_10\\_31\\_952\\_wertstofftonne\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/um_10_31_952_wertstofftonne_bf.pdf) (zuletzt besucht am 25.07.2017).

<sup>219</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

<sup>220</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 27.

Überlassungspflicht an den öRE eine grenzüberschreitende Verbringung mindestens mittelbar faktisch als Maßnahme gleicher Wirkung verhindere (für eine Anwendung dieser Begrifflichkeit aus Art. 35 AEUV lässt die abschließende Regelung der Verordnung keinen Raum) zu begründen.<sup>221</sup>

Dieser Auffassung ist schon deshalb zu folgen, weil sich aus der AbfVerbrV keinerlei Präferenz zu Gunsten einer öffentlich rechtlichen Getrenntsammlung von Siedlungsabfällen ableiten lässt. Damit ist auch kein Anhaltspunkt gegeben der für eine Rechtfertigungsmöglichkeit einer Überlassungspflicht sprechen würde.<sup>222</sup>

Der Begründung der Anwendbarkeit der AbfVerbrV als Maßstab für die Europarechtskonformität der Überlassungspflichten von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen in dem Sinne, dass sich die Verbringungsbeschränkung der Verordnung nur auf Abfälle zur Beseitigung bezieht und daher im Umkehrschluss indiziert, dass Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushalten daher uneingeschränkt der Warenverkehrsfreiheit unterliegen<sup>223</sup>, ist nicht zu folgen.

Vielmehr ergibt sich aus diesem Fehlen einer Regelung in Bezug auf die Überlassungspflichten für Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen das Prüfungserfordernis der Warenverkehrsfreiheit im Rahmen des Primärrechts der EU.

Im Ergebnis kann die Europarechtskonformität der Überlassungspflichten von getrennt gesammelten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen nicht auf die AbfVerbrV gestützt werden.

## **II. Die Abfallrahmenrichtlinie**

Auch die AbfRRL, die als Vorlage zur Umsetzung des KrWG diente, bietet keine Grundlage für eine Rechtfertigung der Überlassungspflichten von getrennt gesammelten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen.

---

<sup>221</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 27.

<sup>222</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 29.

<sup>223</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 203.

In Art. 16 Abs. 1 AbfRRL werden die Mitgliedstaaten zwar verpflichtet, gemeinsame Maßnahmen (zu denen auch Überlassungspflichten zählen) zu treffen, „um ein integriertes und angemessenes Netz von Abfallbeseitigungsanlagen und Anlagen zur Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen, die von privaten Haushalten eingesammelt worden sind, zu errichten“. Allerdings beziehen sich diese Maßnahmen zur Erfüllung der Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Nähe nicht auf Überlassungspflichten für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung, die somit nicht durch die Regelungen der Richtlinie gerechtfertigt werden können.<sup>224</sup>

Dies bedeutet allerdings auch hier nicht, dass solche Regelungen deshalb gar nicht zu rechtfertigen sind, weil die AbfRRL insofern abschließen zu verstehen wäre.<sup>225</sup>

## **B. Beeinträchtigung von europäischem Primärrecht**

Das Primärrecht ist als Maßstab heranzuziehen, um die europarechtliche Zulässigkeit der Überlassungspflichten des KrWG für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushalten als mitgliedstaatliche Maßnahme zu überprüfen, da im Sekundärrecht keine abschließenden Regelungen existieren.<sup>226</sup>

Fraglich ist, welche primärrechtlichen Maßstäbe anzulegen sind und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. Bei der Betrachtung der Überlassungspflicht gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG sind sowohl wettbewerbsrechtliche Vorschriften als auch die Einhaltung der Grundfreiheiten zu prüfen.<sup>227</sup> Zu dieser Überschneidung kommt es, weil der Staat im Fall der Überlassungspflichten selbst wirtschaftlich tätig wird und daher wie ein Unternehmen im Sinne der Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV eingeordnet wird. Zugleich bleibt er aber weiterhin an die Grundfreiheiten gebunden. Damit besteht Idealkonkurrenz.<sup>228</sup> Dies bedeutet, dass eine Verfahrenseröffnung nach der einen oder der anderen Bestimmung erfolgen kann.<sup>229</sup>

---

<sup>224</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 30.

<sup>225</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 30.

<sup>226</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 18.

<sup>227</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 202.

<sup>228</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 21ff.

<sup>229</sup> EuGH Rs. 85/76, Slg. 1989, 803 Rn. 37,46, Ahmeed Saeed Flugreisen.



## **I. Wettbewerbsrecht**

### **1. Wettbewerbsrechtliches Missbrauchsverbot**

Nach Art. 102 AEUV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben nicht erlaubt, soweit diese dazu führt, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

Zunächst sind Adressaten dieser Vorschrift die Unternehmen. Allerdings werden über Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV auch öffentliche und mit ausschließlichen (Monopol-) oder besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen vom Anwendungsbereich erfasst.<sup>230</sup>

#### **a) Marktbeherrschende Stellung**

Bevor untersucht werden kann, ob das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung erfüllt ist, muss dieser Markt zunächst ermittelt werden.<sup>231</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwiefern die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG auf einem „wesentlichen Teil des Binnenmarktes“ gilt.

Das BVerwG hat in seinem Altpapier-Urteil festgestellt, dass der jeweilige öRE seine marktbeherrschende Stellung dezentral und damit nicht auf einem „wesentlichen Teil des Binnenmarktes“ ausübt. Danach wären die Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts von vornherein nicht anwendbar.<sup>232</sup>

Entgegen dieser Auffassung hat der EuGH entschieden, dass wenn „nationale Vorschriften Monopole nebeneinander stellen die territorial begrenzt sind, in ihrer Gesamtheit aber das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erfassen, eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes schaffen“.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 26.

<sup>231</sup> Calliess/Ruffert, Art. 102 Rn. 5,.

<sup>232</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009, 487 Rn. 39.

<sup>233</sup> EuGH Rs. C-323/93, Slg. 1994, I-5077 Rn. 17 – Crespelle.

Demnach ist eine Geltung der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes zu bejahen, denn diese gilt für das gesamte Bundesgebiet und die große Zahl der betroffenen öRE ist dadurch auf einem wesentlichen Teil des Marktes tätig. Insofern ist eine Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrechts erforderlich.<sup>234</sup>

In einem zweiten Schritt kann die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens geprüft werden. Diese liegt dann vor, wenn die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt durch dessen Machtstellung verhindert wird.<sup>235</sup>

Die Überlassungspflichten gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG schaffen eine solche marktbeherrschende Stellung der öRE oder des von ihnen beauftragte Dritten. Denn „aufgrund der durch das Gesetz flächendeckend für das gesamte Bundesgebiet geregelten Zuweisung an eine große Zahl von Entsorgungsträgern erhalten diese in ihrer Gesamtheit (kollektiv) eine beherrschende Stellung in einem wesentlichen Teil des Marktes“.<sup>236</sup>

#### **b) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung**

Eine marktbeherrschende Stellung alleine wird allerdings nicht von Art. 102 AEUV verboten. Vielmehr muss diese missbräuchlich ausgenutzt werden.<sup>237</sup>

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „missbräuchlichen Ausnutzung“ Bedarf der Konkretisierung. Als Orientierung dienen die in Abs. 2 aufgeführten Fallbeispiele sowie das Ziel der EU, einen unverfälschten Wettbewerb innerhalb des europäischen Binnenmarktes zu schaffen.<sup>238</sup> Das Vorliegen eines tatsächlichen Verstoßes ist nicht notwendig.<sup>239</sup>

---

<sup>234</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 23; Klement in Schmehl, Rn. 26 ff.

<sup>235</sup> Calliess/Ruffert, Art. 102 Rn. 7-9.

<sup>236</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 32.

<sup>237</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 32.

<sup>238</sup> Calliess/Ruffert, Art. 102 Rn. 24

<sup>239</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 28.

Nach dem Urteil des BVerwG<sup>240</sup> vom 30.06.2016 verstoßen die Regelung zur Überlassungspflicht gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG dann gegen Art. 102 AEUV, „wenn durch die gesetzlichen Regelungen eine Lage geschaffen wird, in der das Unternehmen zwangsläufig gegen Art. 102 AEUV verstoßen muss, wenn das Unternehmen also durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht.“<sup>241</sup>

Fraglich ist, inwieweit ein Verstoß gegen die genannten Bestimmungen vorliegt. Im Gesetzgebungsverfahren wurde ein solcher jedenfalls angenommen.<sup>242</sup> Allerdings ist zumindest nicht zu erkennen, inwieweit die erste Alternative einschlägig ist. Danach müssten die öRE durch die Regelung zur Überlassungspflicht in § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG zu einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung veranlasst werden. Dies ist aber deshalb nicht der Fall, weil keine überzeugenden Gründe vorliegen, warum die öRE zur missbräuchlichen Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung zwingend veranlasst werden sollten. Die bloße Möglichkeit, überhöhte Gebühren zu verlangen oder der geringe Anreiz der öRE eine Leistung zu erbringen, die den Interessen der Marktgegenseite entspricht, ist jedenfalls nicht ausreichend, um ein öffentlich-rechtliches Entsorgungsmonopol pauschal zu verbieten.<sup>243</sup>

Anders verhält es sich bei der zweiten Alternative, nach der ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dann vorliegt, wenn die öRE ihre Leistung nicht immer nachfragegerecht anbieten, d.h. die privaten Entsorgungsunternehmen als Gegenseite daran hindern, eine Leistung zu erbringen, die das marktbeherrschenden-

---

<sup>240</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

<sup>241</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 32.

<sup>242</sup> BT-Drs. 17/6052, 85.

<sup>243</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99, Rn. 33; Klement in Schmehl, § 17 Rn. 29 ff.

den Unternehmen, also der örE, selbst nicht anbietet (Verbot der „Sperre ohne Leistung“).<sup>244</sup>

Obwohl das BVerwG<sup>245</sup> in seinem Urteil vom 30.06.2016 auch das Vorliegen dieser zweite Alternative anzweifelt, erscheint die Möglichkeit eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung hier durchaus realistisch. Zwar wird durch § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG bei wesentlich höherer Leistungsfähigkeit des gewerblichen Sammlers eine Abschwächung der Stellung des örE vorgenommen. Allerdings ist eine „Sperre ohne Leistung“ dennoch denkbar, etwa wenn „ein privates Unternehmen von der Altpapierentsorgung ausgeschlossen wird, obwohl es im Unterschied zum örE für das gesamte Entsorgungsgebiet ein Holsystem anbieten würde.“<sup>246</sup> Weiterhin wäre denkbar, dass der örE zu einer Verwertung von Abfällen technisch noch nicht in der Lage ist und diese daher als Abfälle zur Beseitigung behandelt, während der private Entsorger die technischen Voraussetzungen bereits besitzt, eine Verwertung von getrennt erfassten Abfällen vornehmen könnte und damit eine Leistung anbieten würde, die der örE als marktbeherrschendes Unternehmen nicht anbieten kann.

### **c) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**

Eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens ist gem. Art 102 AEUV dann nicht erlaubt, soweit diese dazu führt, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. Eine solche Beeinträchtigung liegt dann vor, wenn das missbräuchliche Verhalten Auswirkungen auf die Struktur eines wirksamen Wettbewerbs im gemeinsamen Markt hat. Insbesondere geht es um jene Fälle, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Waren- und Dienstleistungsverkehr behindern.

Da die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG gewerbliche Sammler aus anderen Mitgliedstaaten der EU an einem uneingeschränkten Zugriff auf getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen hindern, handelt es

---

<sup>244</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 33; Klement in Schmehl, § 17 Rn. 33ff.

<sup>245</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

<sup>246</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 33.

sich um einen Eingriff in das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot gem. Art. 102 AEUV.

## **2. Rechtfertigung**

Der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit lässt sich durch Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigen. Die ausführliche Darlegung erfolgt auf S 52.

## **II. Grundfreiheiten**

Die Dienstleistungsfreiheit wäre hier ebenfalls relevant, tritt aber gem. der Subsidiaritätsklausel in Art. 57 Abs. 1, 2. Hs. AEUV als Prüfungsmaßstab für die Überlassungspflichten zurück.<sup>247</sup> Danach ist die Dienstleistungsfreiheit nur einschlägig, soweit nicht die Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Person relevant sind. Im Fall der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG ist die Warenverkehrsfreiheit vorrangig zu prüfen.

### **1. Warenverkehrsfreiheit**

#### **a) Schutzbereich**

##### **aa) Grenzüberschreitender Sachverhalt**

Ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt eine selbständige Anwendungsvoraussetzung für den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten darstellt, ist umstritten.<sup>248</sup> Im vorliegenden Fall kann dies allerdings dahin gestellt bleiben, denn die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG bewirkt, dass ein europäisches Unternehmen daran gehindert werden kann, Entsorgungsleistungen in Deutschland im Rahmen einer gewerblichen Sammlung von getrennt erfassten Siedlungsabfällen zu erbringen. Somit liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.

##### **bb) Persönlicher und sachlicher Schutzbereich**

Der persönliche Schutzbereich ist generell für alle Unionsbürger als Träger der Grundfreiheiten eröffnet. Im Fall der Warenverkehrsfreiheit ist die Staatsangehörigkeit allerdings nach h.M. keine Voraussetzung, denn die Formulierung des

---

<sup>247</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 7.

<sup>248</sup> So Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 16; anders die h. M. vgl. Becker, in: Schwarze/Becker/Bär-Bouyssière Art. 34 AEUV, Rn. 19.

Art. 34 AEUV stellt allein auf das Schutzgut ab. Der persönliche Schutzbereich umfasst insofern alle natürlichen und juristischen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.<sup>249</sup> Private Entsorgungsunternehmen könne sich also auf die Warenverkehrsfreiheit berufen, wenn es darum geht gewerbliche Sammlungen von Abfällen im europäischen Binnenmarkt durchzuführen.

Der sachliche Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist eröffnet, wenn es sich beim entsprechenden Schutzgut um eine Ware handelt. Grundsätzlich sind Waren im Sinne der Art. 28 ff. AEUV Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und daher Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.<sup>250</sup>

Mit der Frage, ob Abfälle gem. dieser Definition als Waren gelten, hatte sich der EuGH bereits im Jahr 1992 in Bezug auf die Region Wallonien auseinandergesetzt, die eine Verordnung erlassen hatte, nach der es verboten war, Abfälle aus anderen Teilen Belgiens und ausländischen Staaten in wallonischen Abfalllagerstätten zu lagern. Die EU Kommission leitete daraufhin ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien ein, da aus ihrer Sicht eine Verletzung des freien Warenverkehrs vorlag.<sup>251</sup>

Der EuGH entschied, dass Abfälle Waren im Sinne der Art. 28 ff. sind und damit der Warenverkehrsfreiheit unterfallen, unabhängig von ihrem Geldwert und davon, ob sie „wiederverwertbar“ oder „rückführbar“ sind.<sup>252</sup>

## **b) Beeinträchtigung**

Bei der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG handelt es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne des Art. 35 Variante 2 AEUV.

Eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung ist im Sinne der sog. Dassonville-Formel „jede Handelsregelung, die geeignet ist, den

---

<sup>249</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 33.

<sup>250</sup> EuGH, Urteil vom 10.12.1968 Rs. 7/68, Kommission/Italien, NJW 1969, 1550, Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 120-124.

<sup>251</sup> Hailbronner/Jochum, S. 97.

<sup>252</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 202.

innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“<sup>253</sup> Dabei reicht bereits die Möglichkeit einer Beeinträchtigung aus. Es ist nicht erforderlich nachzuweisen, dass eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels tatsächlich eingetreten ist.<sup>254</sup>

Da der Abfallverantwortliche nicht selbst entscheiden kann, ob er seinen Abfall selbst oder mit Hilfe eines damit beauftragten Unternehmens in einen anderen EU-Mitgliedstaat bringt und dort selbst entsorgt oder entsorgen lässt und europäische Entsorgungsunternehmen nicht ungehindert die Entsorgung überlassungspflichtiger Abfälle übernehmen und diese im Binnenmarkt entsorgen können, handelt es sich bei der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne der Dassonville-Formel.<sup>255</sup>

Die Dassonville-Formel wurde allerdings für Einfuhrbeschränkungen entwickelt, also für Fälle, in denen ein Mitgliedstaat die Einfuhr von Waren aus einem anderen Mitgliedstaat behindert.

Eine Anwendung der Dassonville-Formel auf Ausfuhrbeschränkungen, wie im Fall der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG, wurde vom EuGH zunächst verneint. Nach Auffassung des EuGH liegen Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen dann vor, „wenn sie spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt“.<sup>256</sup>

Ob der EuGH in neuerer Rechtsprechung<sup>257</sup> die Dassonville-Formel als Maßstab für die Prüfung nicht nur der Einfuhrbeschränkungen gem. des Art. 34 AEUV, sondern auch der Ausfuhrbeschränkungen gem. des Art. 35 AEUV öffnet und

---

<sup>253</sup> EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – Dassonville.

<sup>254</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 37, .

<sup>255</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 8.

<sup>256</sup> EuGH, Rs. 15/79, Slg. 1979, 3409, Rn. 7 - Groenveld/Produktschap voor Vee en Vlees.

<sup>257</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim/T. Streinz/Leible, Art. 35 Rn. 14 ff.; Mund/Dauses, Art. 35 Rn. 199.

damit die Prüfung spezifischer Beschränkungen der Ausfuhrströme obsolet macht, ist hier nicht weiter relevant, da die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG diese Voraussetzungen erfüllt indem sie verhindert, dass die Abfälle unmittelbar einem anderen Anbieter als dem örE überlassen werden können und somit den Binnenhandel bevorzugt.<sup>258</sup>

Bereits in seiner Entscheidung „Sydhavnens Sten & Grus/Københavns Kommune“ hat der EuGH festgestellt, dass Art. 34 AEUV einer Regelung über die Einsammlung und Annahme ungefährlicher, zur Verwertung bestimmter Bauabfälle entgegen steht, wenn diese Ausfuhren in der Weise behindert, dass sie den Abfallerzeugern nicht erlaubt, die Abfälle u.a. durch Einschaltung von Zwischenhändlern auszuführen, obwohl diese hierzu zugelassen sind.<sup>259</sup>

Die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG stellt somit einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit dar.

## **2. Rechtfertigung der Beeinträchtigung**

Insofern stellt sich die Frage, inwieweit die Vorschriften des § 17 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 17 Abs. 3 KrWG zur Einschränkung gewerblicher Sammlungen gerechtfertigt werden können.

### **a) Schranke des Art. 36 AEUV**

Nach Art. 36 S. 1 AEUV stehen die Bestimmungen der Artikel 34 AEUV und 35 AEUV Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.

---

<sup>258</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 34; Klement in Schmehl, § 17 Rn. 8

<sup>259</sup> EuGH, Urteil vom 23. 5. 2000, Rs C-209/98, NVwZ 2000, 1151.



Im Fall der Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG kommt lediglich eine Rechtfertigung aufgrund des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen sowie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Frage.

Umstritten ist, ob Art. 36 S. 1 AEUV rechtfertigt, dass die Überlassungspflicht nicht für Abfälle, die im Rahmen einer gewerblichen Sammlung „einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden“ besteht. In diesem Zusammenhang ist der Meinung, wonach die Überlassungspflicht durch Art. 36 S. 1 AEUV dadurch gerechtfertigt werden kann, dass die Behörde diese jederzeit durch eine Prüfung des Einzelfalls feststellen kann, nicht zu folgen.<sup>260</sup> Vielmehr lässt sich der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit nicht durch Art. 36 S. 1 AEUV rechtfertigen, weil es nicht ersichtlich ist, dass „alleine die Zuständigkeit des öRE bei sortenreinen Haushaltsabfällen zu Verwertung, die wie Alttextilien kein besonderes Gefährdungspotenzial aufweisen, den Grundanforderungen einer umweltgerechten Entsorgung entspricht“<sup>261</sup>.

#### **b) Schranke der zwingenden Erfordernisse**

In der sog. Cassis-Formel, die sich aus der Entscheidung „Cassis de Dijon“ des EuGH ableitet, hat dieser den Mitgliedstaaten mehr Eingriffsrechte in die Grundfreiheiten gewährt, indem er im Rahmen seiner Rechtsprechung entwickelte, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, die sog. „zwingenden Erfordernisse“ anerkannte.<sup>262</sup> Dazu gehören u.a. der Verbraucherschutz, Umweltschutz, Schutz der Systeme sozialer Sicherheit, eine wirksame steuerliche Kontrolle, kulturelle Zwecke und die Sicherheit des Straßenverkehrs.<sup>263</sup>

Für die Rechtfertigung der Überlassungspflicht gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG kommt das zwingende Erfordernis des Umweltschutzes in Betracht. Allerdings hat der EuGH bereits festgestellt, „dass der Umweltschutz nicht jede Ausfuhrbeschränkung, insbesondere im Falle verwertbarer Abfälle, rechtfertigen kann. Dies

---

<sup>260</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 18.

<sup>261</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 37.

<sup>262</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 80.

<sup>263</sup> Calliess/Ruffert, Art. 36 Rn. 210.

gilt erst recht, wenn es sich [...] um Bauabfälle handelt, die für die Umwelt ungefährlich sind“<sup>264</sup>. Danach können auch getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen nicht durch das zwingende Erfordernis des Umweltschutzes gerechtfertigt werden, da auch sie als ungefährlich einzustufen sind.<sup>265</sup>

### **c) Schranke des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV**

An dieser Stelle erfolgt sowohl die Rechtfertigung für den Verstoß gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV als auch für den Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG.

Generell gilt gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV, dass die Mitgliedstaaten keinen Einfluss auf öffentliche Unternehmen oder solche mit ausschließlichen Rechten nehmen dürfen, die den Vorschriften der Verträge sowie den Wettbewerbsvorschriften und Beihilferegeln entgegenstehen.<sup>266</sup>

Gem. Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind [...], die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln aber nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Dies bedeutet, dass zur Gewährleistung des Funktionierens von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die mit ihrer Erbringung betrauten Unternehmen, von den Vorschriften des AEUV freigestellt werden.<sup>267</sup>

Fraglich ist, ob sich die mit der Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen verbundenen Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV rechtfertigen lassen.

---

<sup>264</sup> EuGH, Urteil vom 08.11.1979, C-15/79, Rn. 7, Groenveld, NVwZ 1998, NVWZ 1169 Rn. 48.

<sup>265</sup> So auch BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 37 und Suhl in AbfallR 2012, 201, 206.

<sup>266</sup> Calliess/Ruffert, Art. 106 Rn. 10.

<sup>267</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 20.

## **aa) Voraussetzungen für eine Rechtfertigung**

Im Wesentlichen sind hier drei Tatbestandsmerkmale von Bedeutung. Zunächst muss es sich um ein Unternehmen handeln. Nach dem durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Unternehmensbegriff für das EU-Wettbewerbsrecht handelt es sich dabei um „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>268</sup>. Demzufolge kann auch der Staat selbst funktional als Unternehmen qualifiziert werden, wenn er wirtschaftlich auf einem bestimmten Markt tätig wird.<sup>269</sup> Gem. früherer Rechtsprechung des EuGH ist eine wirtschaftliche Tätigkeit „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“<sup>270</sup>. Damit sind die auf Grund der Überlassungspflichte für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen vom Staat durchgeführten Entsorgungsleistungen vom Anwendungsbereich des europäischen Unternehmensbegriffs erfasst.

Dieses Unternehmen muss mit der Dienstleistung betraut worden sein. Es reicht nicht aus, dass das jeweilige Unternehmen die Dienstleistung lediglich erbringt. Vielmehr muss die Aufgabe der Entsorgungsleistungen in Form eines hoheitlichen Aktes übertragen worden sein. Nicht bedeutend ist, welche Rechtsform diese Betrauung hat. In aller Regel wird der Betrauungsakt bei den kommunalen Überlassungspflichten für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen und den damit im Zusammenhang stehenden Entsorgungsleistungen durch Unternehmen auf Grund einer kommunalen Satzung durchgeführt werden. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Betrauung erfüllt.<sup>271</sup>

Drittens setzt Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV das Vorliegen einer DAWI voraus. Eine Definition des Begriffs der DAWI ist weder im europäischen Primärrecht noch im Sekundärrecht vorhanden. Die EU Kommission begründet dies mit den unter-

---

<sup>268</sup> EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, NJW 1991, 289.

<sup>269</sup> Quelle: Deutscher Bundestag:  
<https://www.bundestag.de/blob/407924/abb1025e8e16feca955d93bd62bd4d0a/pe-6-187-14-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.06.20017).

<sup>270</sup> EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-118/85, Rn. 7, Kommission/Italien, BeckEuRS 1987, 132989; EuGH, Urteil vom 12.09.2000, Rs. C-180/98 Pavlov, Rn. 75, LSK 2001, 020480.

<sup>271</sup> Krajewski, S. 421.

schiedlichen Staats- und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten und den sich daraus ergebenden unterschiedlichen Vorstellungen, welche Aufgaben als DAWI eingestuft werden sollen.<sup>272</sup>

In Anlehnung an die Beschreibung des Begriffes durch die EU Kommission beschreibt das BVerwG die DAWI als marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.<sup>273</sup>

Der EuGH hat zwar zu der Frage, in welchem Umfang die Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen für durch Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV gerechtfertigt werden können, noch keine Stellung bezogen, allerdings hat er in der Rechtssache Gemeente Arnhem/BFI Holding entschieden, dass die Müllabfuhr zu denjenigen Aufgaben gehört, „die ein Staat von Behörden wahrnehmen lassen kann oder auf die er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte“. Damit sei „das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen [...] unbestreitbar eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe“.<sup>274</sup>

In diesem Sinne handelt es sich bei der Einsammlung und Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen gem. § 20 KrWG um eine den öRE als Unternehmen nach dem EU Wettbewerbsbegriff<sup>275</sup> übertragene „besondere“ Aufgabe.<sup>276</sup>

Umstritten ist jedoch, ob auch das Einsammeln von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen unter den Begriff der DAWI fällt und somit durch Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV gerechtfertigt werden kann (Ausführlich in Kapitel 4).<sup>277</sup>

---

<sup>272</sup> Quelle: Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg:  
[https://wm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwm/intern/Publikationen/Wirtschaftsstandort/Leitfaden\\_EU-Beihilfenrecht\\_DAWI\\_und\\_Infrastrukturfinanzierung\\_Band-3.pdf](https://wm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwm/intern/Publikationen/Wirtschaftsstandort/Leitfaden_EU-Beihilfenrecht_DAWI_und_Infrastrukturfinanzierung_Band-3.pdf), S.20 (zuletzt aufgerufen am: 29.06.2017).

<sup>273</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 39.

<sup>274</sup> EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96 Gemeente Arnhem/BFI Holding BV, Rn. 52, NJW 1999, 1699.

<sup>275</sup> Calliess/Ruffert, Art. 106 Rn. 11.

<sup>276</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 21.

<sup>277</sup> Schink/Karpenstein S. 31.: Gutachten zur Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne,

Da den Mitgliedstaaten bei der Festlegung dessen, was sie als DAWI ansehen, ein weiter Ermessensspielraum zukommt und dieser lediglich durch offenkundige Beurteilungsfehler von der EU Kommission überprüft wird, kann sich der Streit im Wesentlichen nur auf zwei Fragen konzentrieren, nämlich, ob

1. ohne die in § 17 Abs. 3 KrWG konkret vorgesehenen Beschränkungstatbestände die Erfüllung der in § 20 KrWG vorgesehenen Entsorgungspflichten tatsächlich verhindert würde
2. die in § 17 Abs. 3 KrWG vorgesehenen Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlich auf das notwendige Maß beschränkt wurden und damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde.<sup>278</sup>

Denn Art. 106 Abs. 2 AEUV stellt eine Ausnahmeregelung dar. D.h. grundsätzlich sind Eingriffe in den unverfälschten Wettbewerb durch den Staat nicht erlaubt. Ausnahmen sind nach stRspr. des EuGH eng auszulegen und zwar so, „dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz die fragliche Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, unbedingt erforderlich ist“.<sup>279</sup>

## **bb) Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob ohne die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des betrauten Entsorgungsträgers die Erfüllung der in § 20 KrWG vorgesehenen Entsorgungspflichten tatsächlich verhindert würde.

Wann eine solche Gefährdung der Funktionsfähigkeit des betrauten Entsorgungsträgers gem. § 17 Abs. 3 KrWG vorliegt, wurde bereits ausführlich in im 2. Kapitel, S. 28 ff. erläutert.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine umfassende Öffnung des Entsorgungsmarktes für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushal-

---

kann hier abgerufen werden:

[http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Abfallwirtschaft/um\\_10\\_31\\_952\\_wertstofftonne\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/um_10_31_952_wertstofftonne_bf.pdf) (zuletzt besucht am 25.07.2017).

<sup>278</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarass/Petersen, § 17 Rn. 30.

<sup>279</sup> Biermann/Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Rn. 93 – 101.

tungen dazu führen würde, dass eine dauerhafte und flächendeckende, insbesondere von konjunkturellen Schwankungen unabhängige Entsorgung nicht verlässlich gewährleistet werden kann.<sup>280</sup> Insbesondere wird von der kommunalen Seite befürchtet, dass die private Entsorgungswirtschaft durch gewerbliche Sammlungen in der Form eines „Rosinenpickens“ nur an denjenigen Abfällen aus privaten Haushaltungen interessiert ist, die zum gegebenen Zeitpunkt einen hohen Marktwert besitzen und damit nur „bestimmte Abfallfraktionen in bestimmten Zeiträumen“<sup>281</sup> entsorgt. Sobald die Rohstoffpreise für bestimmte Wertstoffe sinken und damit die Verwertungserlöse einbrechen, würden sich die privaten Entsorger zurückziehen.<sup>282</sup> In diesem Falle könnten sich die öRE, die gem. § 20 zur Entsorgung aller in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind, nicht auf das Wirken des privaten Entsorgers verlassen, weshalb die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE beeinträchtigt wäre.

Außerdem besteht die Sorge, dass wenn die private Entsorgungswirtschaft alle werthaltigen Abfälle für sich beansprucht, die Erfüllung der Entsorgungspflichten gem. § 20 durch den öRE zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert würden. Denn die vom öRE getragenen Kosten für sein Entsorgungssystem werden zu bestimmten Teilen auch durch die gewinnbringende Verwertung getrennt erfasste Haushaltabfälle gegenfinanziert.<sup>283</sup>

Damit wäre die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bzw. des von diesem beauftragten Dritten gefährdet.

Dieser Argumentation hält die private Entsorgungswirtschaft entgegen, dass Preisschwankungen bei den entsprechenden Wertstoffen zwar durchaus nicht unüblich wären, es aber keinen Beleg dafür gebe, dass sich die private Entsorgungs-

---

<sup>280</sup> BT-Drs. 17/6052, 88.

<sup>281</sup> Thärichen in: AbfallR 2012, 150, 167.

<sup>282</sup> Thärichen in: AbfallR 2012, 150, 167.

<sup>283</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 22.4.2008, 4 LB 7/06, NVwZ 2008, 922, 923; Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Umweltausschusses, Ausschussdrucksache 17/16/350 –F; Karpentein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 163.

wirtschaft aus diesem Grund aus der Entsorgung zurückgezogen hätte.<sup>284</sup> Es könne auch nicht von einem „Rosinenpicken“ der privaten Entsorgungswirtschaft gesprochen werden, da die öRE gewinnbringende Sammlungen häufig selbst durchführen würden und sich die private Entsorgungswirtschaft mit den weniger lukrativen Sammlungen, z.B. in ländlichen Räumen (aufgrund der geringen Netzwerk- und Skaleneffekte) begnügen müssten.<sup>285</sup>

Des Weiteren wäre die „wirtschaftliche Ausgewogenheit der öffentlichen-rechtlichen Abfallentsorgung allerdings auch schon aufgrund der Gebührenhöhe der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger grundsätzlich garantiert.“<sup>286</sup>

Selbst wenn die private Entsorgungswirtschaft auf Preisschwankungen der von ihr gesammelten Wertstoffe nicht mit sofortigem Rückzug reagiert und die öRE mit § 18 Abs. 5 eine Möglichkeit haben, die gewerbliche Sammlung mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden und zeitlich zu befristen, ist die Annahme des Gesetzgebers, „dass bei einer völligen Öffnung des Entsorgungsmarktes für sortenreine ungefährliche Abfallfraktionen aus privaten Haushalten eine dauerhafte und flächendeckende, von konjunkturellen Schwankungen unabhängige Entsorgung nicht gewährleistet werden kann“<sup>287</sup> nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Gebührenhöhe der öRE dazu führen würde, dass die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten des öRE zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen garantiert wäre. Vielmehr hat der EuGH mehrfach entschieden, dass eine Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten des öRE zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen, den Ausgleich zwischen den rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und dass die Hinderung des Wettbewerbs zu diesem Zwecke mit europäischem Recht vereinbar ist.<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 208.

<sup>285</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 209.

<sup>286</sup> Suhl in: AbfallR 2012, 201, 213.

<sup>287</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 47.

<sup>288</sup> EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs C-320/91 Corbeau, Rn. 17 f, NVwZ 1993, 874.

Der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV und die Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sind allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn sie auf das notwendige Maß beschränkt wurden und damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.<sup>289</sup>

Wie bereits in Kapitel 2, S. 32 erläutert, hatte die EU Kommission im Notifizierungsverfahren 2001/0148/ Bedenken geäußert, dass der Regierungsentwurf mit der einfachen Berücksichtigung der „Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger“<sup>290</sup> eine unangemessene Beschränkung des Wettbewerbs eintreten könnte. Mit der Einfügung des Merkmals „Wesentlichkeit der Beeinträchtigung“ sollte sichergestellt werden, dass nur relevante bzw. spürbare Beeinträchtigungen auf die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE die Rechtsfolge der Einschränkung einer gewerblichen Sammlung mit Begründung der entgegenstehenden überwiegenden Interessen rechtfertigen.<sup>291</sup>

Um sicherzustellen, dass diese Freistellung des öRE oder des beauftragten Dritten von den allgemeinen unionsrechtlichen Bestimmungen auf das zur Zielerreichung erforderliche Maß beschränkt wird, ist § 17 Abs. 3 KrWG als widerlegliche Vermutung auszulegen.<sup>292</sup> Dies bedeutet, dass die Gefährdung der Funktionsfähigkeit gem. § 17 Abs. 3 KrWG grundsätzlich trotz Vorliegen einer der beiden Alternativen („Erfüllung der Entsorgungspflichten gem. § 20 zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert“ oder „wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung“) im Einzelfall widerlegt sein kann.<sup>293</sup>

Besonders deutlich wird das Erfordernis einer Auslegung von § 17 Abs. 3 KrWG als widerlegliche Vermutung bei Betrachtung der Formulierung des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1. KrWG Diese lässt die Annahme zu, dass jedes Nebeneinander eines hochwertigen und kommunalen Systems und einer gewerblichen

---

<sup>289</sup> EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs C-320/91 Corbeau, Rn. 14, NVwZ 1993, 874.

<sup>290</sup> Mitteilung der Europäischen Kommission SG (2011) D 51545/, S. 6; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 169.

<sup>291</sup> BT-Drs. 659/16 S. 13.

<sup>292</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 50.

<sup>293</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 160.



Sammlung zu einer Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 2, 2. Alt. KrWG und damit zu einer Untersagung bzw. Einschränkung der gewerblichen Sammlung durch die Behörde führen kann. Mit dieser Auslegung wäre Abs. 3 S. 3 Nr. 1 als unionsrechtswidrig zu betrachten.<sup>294</sup>

Wenn § 17 Abs. 3 KrWG also als widerlegliche Vermutung bewertet wird und damit Sammlungen von der Überlassungspflicht ausgenommen werden, die unbedeutende Auswirkungen auf die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung der Entsorgungsträger haben, ist die Erforderlichkeit gewahrt und eine Rechtfertigung der Überlassungspflichten des § 17 Abs. 1 KrWG durch Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV zulässig.

### **III. Ergebnisse**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV als auch der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch die Vorschriften zu den Überlassungspflichten gem. § 17 Abs. 1 KrWG mit Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden können. Die Mitgliedstaaten der EU haben bei der Festlegung dessen, was sie als DAWI ansehen, einen weiten Ermessensspielraum, welcher lediglich durch das EU-Recht und offenkundige Beurteilungsfehler eingegrenzt wird. Insofern ist die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die Entsorgung von sortenreinen Abfällen aus privaten Haushaltungen als DAWI anzusehen, legitim. Daher können der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV und der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit an den Vorschriften des Art. 106 AEUV gemessen werden.

Eine Rechtfertigung gelingt, weil ohne die in § 17 Abs. 3 KrWG konkret vorgesehenen Beschränkungstatbestände die Erfüllung der in § 20 KrWG vorgesehenen Entsorgungspflichten tatsächlich verhindern würde. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil eine umfassende Öffnung des Entsorgungsmarktes für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen eine konstante und flächendeckende, von konjunkturellen Schwankungen unabhängige Entsorgung

---

<sup>294</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarass/Petersen, § 17 Rn. 160.

nicht gewährleisten kann.<sup>295</sup> Der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV und der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit sind auch verhältnismäßig, da die in § 17 Abs. 3 KrWG vorgesehenen Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlich auf das notwendige Maß beschränkt wurden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass § 17 Abs. 3 KrWG als widerlegliche Vermutung ausgelegt wird.

## **Kapitel 4: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**

Im Mittelpunkt des Streites zwischen den öRE und der privaten Entsorgungswirtschaft um die Europarechtskonformität der Entsorgung von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen steht die Frage, inwiefern die Entsorgung dieser Abfälle als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingeordnet werden kann. Wie bereits aus den Ergebnissen in Kapitel 3 dieser Arbeit hervorgeht, ist die Einordnung der Entsorgung getrennt erfasster Wertstoffe aus privaten Haushaltungen als DAWI und damit der Eingriff in europäisches Primärrecht gem. Art 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt.

Maßgeblich dafür verantwortlich ist der Umstand, dass die Formulierung des Art. 106 Abs. 2 AEUV auf Grund seiner politischen Brisanz bewusst unklar gehalten wurde und es vorrangig den Mitgliedstaaten überlassen ist, welche Dienstleistung unter den Begriff des „services d'intérêt général“, des „servizio pubblico“, der „Daseinsvorsorge“ oder des entsprechenden Marktes im jeweiligen Mitgliedstaat fällt und durch Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden kann.<sup>296</sup>

Dabei ist aber nicht auszuschließen, dass die Mitgliedstaaten Tätigkeiten als besondere Aufgaben unter den Schutz des Art. 106 Abs. 2 AEUV stellen, die nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Daher soll dieses Kapitel der Untersuchung dienen, was durch Art. 106 Abs. 2 AEUV geschützt werden soll, um im Anschluss herauszufinden, ob die Entsorgung von sortenreinen Abfällen aus pri-

---

<sup>295</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 50.

<sup>296</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 1.

vaten Haushaltungen als Teil der Daseinsvorsorge in Deutschland schützenswert im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist.

Strittig ist insofern, ob es sich bei der Entsorgung von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen um eine besondere Aufgabe im Sinne DAWI handelt. Wenn dem so wäre, sind gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV Unternehmen, die mit der Entsorgung dieser Abfälle betraut sind, von der Geltung der Verträge und der Wettbewerbsregeln der EU befreit, soweit diese die Unternehmen von der Erfüllung der entsprechenden besonderen Aufgabe abhalten.

Zunächst wird der Art. 106 Abs. 2 AEUV anhand von Auslegungsmethoden untersucht. Im Anschluss folgt eine genauere Betrachtung der europarechtlichen Rahmenbedingungen für DAWI, die darauf abzielt herauszufinden, welche Absicht der Art. 106 Abs. 2 AEUV verfolgt. In diesen Zusammenhang wird dann die Abfallentsorgung in Deutschland als Teil der Daseinsvorsorge eingeordnet.

## **A. Auslegungsmethoden**

Im Folgenden soll Art. 106 Abs. 2 AEUV als zentrale Vorschrift für die Rechtfertigung von unternehmerischem Handeln des Staates ausgelegt werden. Dabei wird neben dem Wortlaut, die systematische Stellung der Vorschrift im Regelwerk, sowie ihr Sinn und Zweck untersucht. Eine historische Interpretation ist nicht zielführend und wird daher nicht durchgeführt.<sup>297</sup>

### **I. Auslegung nach dem Wortlaut**

Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass die mit DAWI betrauten Unternehmen diejenigen sind, denen insoweit eine besondere Aufgabe übertragen wurde. Eine Legaldefinition des Begriffs der DAWI gibt es auf europäischer Ebene allerdings nicht.<sup>298</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass es sich nicht um einen unionrechtlichen Begriff handelt, den es autonom und einheitlich auszulegen gilt. „Das heißt er darf nicht unter Rückgriff auf das nationale Recht und den Bedeutungsgehalt von

---

<sup>297</sup> Die historische Interpretation spielt bei der Auslegung von Primärrecht kaum eine Rolle, dazu ausführlich EuR 2009, 472 ff.

<sup>298</sup> Calliess/Ruffert, Art. 106 Rn. 37.

Normen und Begriffen im nationalen Recht interpretiert werden“<sup>299</sup>. Vielmehr ist der Begriff in der gesamten EU einheitlich auszulegen. Damit kann keine einfache Übertragung der deutschen Vorstellung von Daseinsvorsorge auf den Begriff der DAWI stattfinden. Vielmehr müssen bei der Auslegung alle sprachlichen Fassungen berücksichtigt werden.<sup>300</sup> Dies kann allerdings zur Folge haben, dass die unterschiedlichen Sprachfassungen voneinander abweichen. Dies ist beim Begriff der DAWI der Fall, denn „sowohl der wissenschaftliche Diskurs als auch die rechtliche und politische Praxis über öffentliche Dienstleistungen ist durch eine mitunter verwirrende Begriffsvielfalt geprägt“<sup>301</sup>.

Die Europäische Kommission bemerkt dazu im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: „Terminologische Unterschiede, semantische Unklarheit und unterschiedliche Traditionen in den Mitgliedstaaten haben in der Diskussion auf europäischer Ebene zahlreichen Missverständnissen Nahrung gegeben. (...) [I]n den Mitgliedstaaten (werden) unterschiedliche Begriffe und Definitionen gebraucht, was Ausdruck der jeweiligen geschichtlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklung ist“<sup>302</sup>.

Daher ist die Auslegungsmethode nach dem Wortlaut nicht zielführend und hier keine größere Bedeutung zu schenken.

## **II. Systematische Stellung und Zweck der Vorschrift**

Der EuGH hat festgelegt, dass „jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden

---

<sup>299</sup> Mund/Dauses, Art. 102 Rn. 11.

<sup>300</sup> Mund/Dauses, Art. 102 Rn. 13.

<sup>301</sup> Quelle:

[http://content.schweitzer-online.de/static/catalog\\_manager/live/media\\_files/representation/zd\\_std\\_orig\\_\\_zd\\_schw\\_orig/000/012/460/9783642168543\\_content\\_pdf\\_1.pdf](http://content.schweitzer-online.de/static/catalog_manager/live/media_files/representation/zd_std_orig__zd_schw_orig/000/012/460/9783642168543_content_pdf_1.pdf) (zuletzt aufgerufen am 15.07.2017)

<sup>302</sup> Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endgültig, Abs.15, S.7.

Vorschrift auszulegen“<sup>303</sup> ist, das heißt auch im Zusammenhang mit anderen Normen, also im systematischen Gesamtzusammenhang gesehen werden soll.

Art. 106 Abs. 2 AEUV ist im Kapitel „Wettbewerbsregeln“ unter den „Vorschriften für Unternehmen“ (Abschnitt 1) zu finden. Dies mag zunächst irritieren, richtet er sich doch in Abs. 1 an die Mitgliedstaaten und fordert diese zur Einhaltung der Verträge auf.<sup>304</sup>

Erklärung liefert allerdings der Kern der Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV, nämlich die Regelung über die Gefährdung des Wettbewerbs als Element des Binnenmarktes durch das unternehmerische Handeln des Staates. Zur Vermeidung einer solchen Gefährdung soll der Grundsatz der Gleichbehandlung der privaten und öffentlichen Unternehmen einen Beitrag leisten, welcher sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 345, 101 und 102 AEUV herleiten lässt.<sup>305</sup>

Danach ist es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt Maßnahmen zu treffen, „die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten: Derartige Maßnahmen sind verboten“<sup>306</sup>.

Ziel ist also die Herstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs. Gleichzeitig schützt Art. 106 Abs. 2 AEUV aber auch die besonderen Aufgaben der Staatswirtschaft. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es Zweck dieser Norm „den Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik, mit den Interessen der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Marktes in Einklang zu bringen“<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> EuGH, Urteil vom 06.10.1982, Rs. 283/81 C.I.L.F.I.T Rn. 20, NJW 1983, 1257; Mund/Daues EU, I. Rechtsquellen Rn. 24.

<sup>304</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 4.

<sup>305</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 5.

<sup>306</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 6, EuGH, Urteil vom 16.11.1977, C-13/77 INNO Rn. 30/35; EuGH, Urteil vom 08.06.1991, C-260/89 ERT Rn. 35, NJW 1992, 2621; EuGH Urteil vom 10.02.2000, C-147/97 Deutsche Post Rn. 39, NJW 2000, 2261; EuGH, Urteil vom 18.06.1998, C-266/96 Corsica Ferries France Rn. 35 und 49 .

<sup>307</sup> Biermann/Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Rn. 3.

Insofern fordert Art. 106 Abs. 2 AEUV einen Ausgleich zwischen Liberalisierungs politik und Gemeinwohlinteressen.<sup>308</sup>

Die Verwirklichung dieses Ausgleiches muss sich am „effet utile“, als Auslegungsgrundsatz des EuGH messen lassen. Danach soll grundsätzlich jede europarechtliche Norm so ausgelegt werden, dass sie maximalen Nutzen für die pro europäische Integration entfaltet. Demnach wäre diejenige Auslegung vorzuziehen, welche die Verwirklichung der Vertragsziele am besten umsetzt.<sup>309</sup>

Im vorliegenden Fall ist das nicht etwa nur das Vertragsziel des unverfälschten Wettbewerbs. Vielmehr muss dieses im Ausgleich mit der wirtschaftlichen Gestaltungskompetenz der Mitgliedstaaten stehen. Es reicht also nicht von einer rein wettbewerbsorientierten EU auszugehen und daraus folgend gemeinwohlorientierte Dienste insgesamt als Beeinträchtigung des unverfälschten Wettbewerbs zu sehen.<sup>310</sup> Im Gegenteil ist geboten, dass die Funktionsfähigkeit dieser gemeinwohlorientierten Dienste gewahrt wird und diesem Aspekt bei der Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV Rechnung getragen wird.

Weil dieser Betrachtungsweise im Streit zwischen ÖRE und der privaten Entsorgungswirtschaft häufig nicht genug Beachtung geschenkt wird, soll im folgenden Teil dieser Arbeit auf die Stellung der DAWI im Regelwerk der EU eingegangen werden.

## **B. Europarechtliche Rahmenbedingungen**

### **I. Entwicklung**

Dass die Wirtschaftsordnung der EU auf dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb beruht ist unbestritten.<sup>311</sup> Klar geht dieses Wettbewerbsprinzip aus Art. 119 Abs. 1 AEUV hervor. Explizit wird der unverfälschte Wettbewerb auf Ebene des Primärrechts durch das Protokoll Nr. 27 über den Bin-

---

<sup>308</sup> Calliess/Ruffert, Art. 106 Rn. 3.

<sup>309</sup> Pühs, S. 80.

<sup>310</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 3.

<sup>311</sup> Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 1.

nenmarkt verankert und ist Teil des Binnenmarktziels nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV.<sup>312</sup>

Die große Bedeutung der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs lässt sich mit der Integrationsgeschichte der heutigen EU erklären. Diese hatte ihre Anfänge in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, die sich zunächst zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft weiterentwickelte, ehe sie zur Europäischen Gemeinschaft wurde und erstmals ihre wirtschaftliche Ausrichtung nicht mehr explizit im Namen trug.

Der Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb steht im Konflikt mit dem öffentlichen Wirtschaftssektor, der in vielen Mitgliedstaaten existiert und eine traditionell große Bedeutung hat.

Ziel ist die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung aller Nachfrager zu einem erschwinglichen Preis. Dabei spielen Wirtschaftlichkeit und Gewinnorientierung eine untergeordnete Rolle. Damit verlustbringende Geschäftsbereiche durch Quersubventionierung aus profitablen Geschäftsbereichen finanziert werden können, werden diese Unternehmen von den Mitgliedstaaten mit sogenannten Ausschließlichkeitsrechten, wie den Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen, ausgestattet.<sup>313</sup> In Deutschland wird für diesen Bereich der Begriff der „Daseinsvorsorge“ verwendet und auch von der Kommission in der deutschen Übersetzung der entsprechenden Rechtsakte eingesetzt.

Als die Kommission in den 1980er und 1990er Jahren vermehrt Kartell- und Beihilfenrecht gegen die öffentlichen Unternehmen der Mitgliedstaaten einsetzte, wurden Stimmen aus den Mitgliedstaaten, von Verbänden und dem EU Parlament laut, die „das disproportionale Gleichgewicht zwischen wettbewerbsbetonter Marktwirtschaft und gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge kritisierten“<sup>314</sup>. Sie

---

<sup>312</sup> Schwarze/Becker/Bär-Bouyssi re, Art. 14 Rn. 2.

<sup>313</sup> Calliess/Ruffert/Jung AEUV Art. 14 Rn. 1.

<sup>314</sup> Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 4; Europäisches Parlament, Entschließung zu den öffentlichen Unternehmen, Privatisierungen und dem öffentlichen Dienst in der Europäischen Gemeinschaft, A3-0254/94, ABl. 1997 Nr. C 205/549, B.

forderten u.a. eine Verankerung der Daseinsvorsorge im EG Vertrag.<sup>315</sup> Der darauf folgende Art. 7 d EGV des Vertrages von Amsterdam stellte eine Art Kompromiss dar. Einerseits hob er klar den grundsätzlichen Vorrang des Wettbewerbs hervor, andererseits formulierte er auch ausdrücklich die Bedeutung der gemeinschaftlichen Dienstleistungen als „gemeinsamen Wert der Union“. Bereits zu diesem Zeitpunkt hatten diese den Stellungswert eines Verfassungsgutes.<sup>316</sup>

Im Jahr 2000 wurde der Zugang zu DAWI dann mit dem Ziel der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhaltes der Union in die Charta der Grundrechte unter Art. 36 aufgenommen.

## **II. Neuerungen im Vertrag von Lissabon**

### **1. Art. 14 AEUV**

Durch den Vertrag von Lissabon bekamen die DAWI einen neuen Stellenwert. In Art. 14 AEUV wurde verankert, dass die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge tragen, dass die DAWI so funktionieren, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Daran sollen insbesondere die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen angepasst werden.

Zwar sehen die Verträge „damit eine wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung als Regelfall vor, während die gemeinwohlorientierte Erbringung wirtschaftlicher Leistungen die Ausnahme darstellt“<sup>317</sup>, allerdings sind „die Leistungen der Daseinsvorsorge (...) nicht mehr nur Durchbrechungen des marktwirtschaftlichen Prinzips, sondern bilden ein eigenständiges Rechtsgut der Verträge.“<sup>318</sup>

---

<sup>315</sup> Vgl. European Parliament, Intergovernmental Conference, Briefing Nr. 12 – Public Services, Ziff. III.; Europäisches Parlament, Weißbuch zur Regierungskonferenz 1996, Band II., Ziff. II. 1., II. 5

<sup>316</sup> Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 4.

<sup>317</sup> Schwarze/Becker/Bär-Bouyssi re, Art. 14 Rn. 3.

<sup>318</sup> Schwarze/Becker/Bär-Bouyssi re, Art. 14 Rn. 3.



## **2. Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse**

Das mit dem Lissabon-Vertrag neu ins Primärrecht eingefügte Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse konkretisiert Art. 14 AEUV. Gleich zu Beginn formuliert es den Wunsch der Mitgliedstaaten, „die Bedeutung der Dienste von allgemeinem Interesse hervorzuheben.“ Dabei entfaltet das Protokoll sowohl Geltung für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als auch für Dienste von allgemeinem Interesse, also nicht wirtschaftlichen Diensten. Auf letztere wird im Rahmen dieser Arbeit nicht genauer eingegangen.

In Art. 1 des Protokolls werden die gemeinsamen Werte in Bezug auf die DAWI konkretisiert und damit Art. 14 1. Hs. AEUV genauer bestimmt. Danach zählt zu den gemeinsamen Werten (aufgrund des Wortlauts „insbesondere“ offensichtlich nicht abschließend)<sup>319</sup> vor allem „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (...) zu organisieren sind.“ Auch „die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können“ werden durch das Protokoll hervorgehoben.

Insbesondere diese Wertschätzung der lokalen Behörden und die Betonung der geografischen und kulturellen Unterschiede impliziert eine stärkere Einbeziehung kommunaler Interessen durch den Vertrag von Lissabon. Diese Auffassung kann auch durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV gestützt werden, „der erstmals die primärrechtliche Anerkennung der kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck bringt“<sup>320</sup>. Damit unterstreicht das Protokoll die nationalen Zuständigkeiten bei der Festlegung, was DAWI sind und wie deren Organisation ausgestaltet wird. Gleichzeitig werden aber auch die Besonderheiten der Daseinsfürsorge im Hinblick auf das europäische Wettbewerbsrecht betont.

---

<sup>319</sup> Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 17.

<sup>320</sup> Calliess/Ruffert/, Art. 14 Rn. 17.

### III. Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten

Gem. Art. 14 AEUV tragen die EU und die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren der DAWI so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Damit fällt diese Aufgabe in den Bereich der geteilten Zuständigkeiten gem. Art. 4 Abs. 1 AEUV. Allerdings sind zuallererst die Mitgliedstaaten für die Definition und Organisation der DAWI zuständig.<sup>321</sup> Dies ergibt sich insbesondere auch aus Art. 1 Nr. 1 des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse. Dieses Ermessen wird von der EU Kommission lediglich auf „offenkundige Fehler“ überprüft.

Die EU hat im Bereich der Ausgestaltung der Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der DAWI gem. Art. 14 S. 2 AEUV eine eigenständige Gesetzgebungskompetenz. Fraglich ist allerdings, inwieweit diese mit dem Grundsatz der Subsidiarität vereinbar ist, nachdem die Mitgliedstaaten für die Definition und Organisation der DAWI zuständig sind.<sup>322</sup> Eine rechtmäßige Kompetenzausübung durch Erlass einer Verordnung seitens der EU erscheint zweifelhaft.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es grundsätzlich geboten bleibt, Art. 106 Abs. 2 AEUV vor dem Hintergrund eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses eng auszulegen. Allerdings wurde mit dem Vertrag von Lissabon der Art. 14 AEUV eingefügt, der eine Funktionsgarantie für DAWI formuliert. Nur wenn der DAWI im entsprechenden Fall der Auslegung der Stellenwert, der ihr als gemeinsamer Wert der EU zukommt beigemessen wird, kann Art. 106 Abs. 2 AEUV als Ausgleichsnorm zwischen der Liberalisierung zugunsten eines freien Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt auf der einen Seite und den Gemeinwohlinteressen auf der anderen Seite, dienen.

---

<sup>321</sup> Europäische Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001 Nr. C 17/4, Rn. 22.

<sup>322</sup> Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 19.

## **C. Daseinsvorsorge im deutschen Recht**

Der unbestimmte Rechtsbegriff der DAWI und die unterschiedlichen Auffassungen der Mitgliedsstaaten darüber, was darunter zu verstehen ist, machen es notwendig an dieser Stelle das deutsche Verständnis von Daseinsvorsorge genauer zu untersuchen. Dabei wird insbesondere bezogen auf die Abhandlung des Begriffs und seiner Entwicklung kein Anspruch auf Vollständigkeit verfolgt. Vielmehr soll diese dazu dienen, die wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Ebene in Deutschland in den verfassungsrechtlichen Rahmen einzuordnen und letztlich zu folgern, ob die Entsorgung getrennt erfasster Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen als Daseinsvorsorge schützenswert ist.

### **I. Begriff und Entwicklung**

Der Begriff der Daseinsvorsorge geht auf den deutschen Staats- und Verwaltungswissenschaftler Ernst Forsthoff zurück, der diesen im Jahr 1938 in Zusammenhang mit der Versorgung der Menschen mit denjenigen Gütern, die die Menschen zum Leben brauchen, brachte.<sup>323</sup> Als Folge einer zunehmenden Industrialisierung zogen Ende des 19. Jahrhunderts immer mehr Menschen vom Land in die Stadt. Dies brachte den Umstand mit sich, dass viele Menschen auf engem Raum lebten und es immer häufiger durch unzureichende hygienische Verhältnisse zum Ausbruch von Epidemien kam. Um dies zu verhindern bedurfte es einer Infrastruktur, die die Städte durch die Einrichtung von Müllabfuhr, der zentralen Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung aufbauten.<sup>324</sup>

Als Leistungen der Daseinsvorsorge sah Forsthoff u.a. die „Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität“, „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, die Post, Telephonie und Telegraphie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“<sup>325</sup>. Er war überzeugt davon, dass die Daseinsvorsorge als Aufgabe des Staates und insbesondere der Kommunen für die Funktionsfähigkeit des Volkes unabdingbar sei. Sein Verständnis von Daseinsvorsorge war klar geprägt vom nationalsozialistischen Staatsverständnis, das die

---

<sup>323</sup> Hücke, S. 657.

<sup>324</sup> Hücke, S. 657.

<sup>325</sup> Hücke, S. 657.

Daseinsvorsorge als „Leistungsfähigkeit einer „Volksgemeinschaft“ und nicht als Teilhabechance Einzelner“<sup>326</sup> betrachtete.

Unter dem Begriff Daseinsvorsorge werden heute unterschiedliche Leistungen gefasst, bei denen es sich vor allem um Infrastrukturgüter handelt.<sup>327</sup> Allerdings existiert keine Legaldefinition, die trennscharf den Inhalt des Begriffs abgrenzt. Dies führt dazu, dass bereits auf nationalstaatlicher Ebene die Erzielung eines Konsenses darüber, was nun unter den Begriff der Daseinsvorsorge fällt, erschwert wird.<sup>328</sup>

Eine genaue Definition für den Begriff der Daseinsvorsorge zu finden erweist sich schon deshalb als kompliziert, weil er eine politische, gesellschaftliche und (staats-)rechtliche Funktion aufweist. Nähert man sich über die politische und gesellschaftliche Dimension, so geht es vor allem um die Frage, welche Leistungen wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Art unter den Begriff gefasst werden können. Allerdings muss insbesondere auch der rechtlichen Dimension Raum geschenkt werden, denn hier wird - und das ist ganz entscheidend - die Frage beantwortet, inwieweit der Staat verpflichtet ist Leistungen zu erbringen und der Bürger im Gegenzug berechtigt ist, diese Leistungen zu empfangen.<sup>329</sup>

Der Staat soll heute also dafür Sorge tragen, dass er die Erfüllung der Leistungen der Daseinsvorsorge garantiert und damit die Grundrechte seiner Bürger wahrt. Dazu ist es nicht notwendig, dass die Leistungen direkt vom Staat erbracht werden. Der Staat wurde folglich vom „Erfüllungs- zum Gewährleistungsstaat“.<sup>330</sup>

## II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Zwar wird die Pflicht des Staates zur Daseinsvorsorge nicht ausdrücklich genannt, dennoch hat sie über das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 Eingang in das Grundgesetz gefunden. Aus diesem Zusammenhang folgt, dass die Daseinsvorsorge das Instrument des Staates zur Umsetzung der staatlichen Fürsorge als Ver-

---

<sup>326</sup> Quelle: Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung:  
[https://www.bbr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/IzR/2010/7/Inhalt/DL\\_HolzRauGuentnerKrummheuer.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bbr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/IzR/2010/7/Inhalt/DL_HolzRauGuentnerKrummheuer.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt besucht am 18.07.2017).

<sup>327</sup> Neu, S. 2.

<sup>328</sup> Krautscheid, S. 9.

<sup>329</sup> Korte, S. 4.

<sup>330</sup> Busch, S. 8.

fassungsauftrag ist und sich nicht darin erschöpft, dass dieser das Existenzminimum des Einzelnen sichert.<sup>331</sup>

Die Umsetzung der Daseinsvorsorge ist Aufgabe der Kommunen. Dies ergibt sich aus dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Danach haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. In diesem Zusammenhang spricht man auch von der „kommunalen Selbstverwaltungsgarantie“.

Diese Selbstverwaltungsgarantie gilt allerdings nur „im Rahmen der Gesetze“. Dies bedeutet grundsätzlich, dass nicht alle Aufgaben der Daseinsvorsorge automatisch Aufgabe der Gemeinden sind, sondern dass durch Gesetze etwas anderes bestimmt werden kann. Grundsätzlich gilt, dass diejenigen Aufgaben der Daseinsvorsorge unter die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen fallen, bei denen es sich um „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ handelt.<sup>332</sup> Mit diesem Merkmal werden die Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises von den überörtlichen öffentlichen Aufgaben abgegrenzt. Nach dem grundlegenden Rastade-Beschluss des BVerfG<sup>333</sup> sind erfasst „diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.<sup>334</sup> Zu den anerkannten Aufgaben des gemeindlichen Wirkungskreises gehören etwa die Versorgung der Bevölkerung mit Energie und Wasser<sup>335</sup>, die Schaffung und Unterhaltung örtlicher Verkehrseinrichtungen, die örtliche Wirtschafts-, Kultur- und Sportförderung und die Einrichtung von Sparkassen.<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> Herzog in Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 VIII, Rn. 12 ff.

<sup>332</sup> Franz, S. 78.

<sup>333</sup> BVerfG, Urteil vom 23.11.1988, 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, NVwZ 1989, 347.

<sup>334</sup> BeckOK GG, Art. 28 Rn. 41.

<sup>335</sup> BVerfG, Urteil vom 16.05.1989, 1 BvR 705/88, NJW 1990, 1783; BVerwG, Urteil vom 18.05.1995, 7 C 58/94, 98, NVwZ 1996, 179.

<sup>336</sup> BeckOK GG, Art. 28 Rn. 41.

### III. Abfallwirtschaft als Bereich der Daseinsvorsorge

Für die Entstehung der heutigen Form der Abfallwirtschaft in Deutschland gibt es im Grunde zwei unterschiedliche Faktoren. Zum einen führten Probleme bei der Siedlungshygiene im 19. Jahrhundert und später steigende Abfallmengen und die Problematik des Giftmülls zum Bedarf an einer Ordnung der Abfallbeseitigung, um ordnungsrechtliche und seuchenhygienische Standards zu schaffen und die Gesundheit der Menschen zu schützen.<sup>337</sup> Zum anderen ist das Thema Ressourcenschonung in Zeiten immer knapper werdender Bodenschätze Grund dafür, warum die energetische Nutzung von Siedlungsabfällen in Müllheizkraftwerken und die Wiederverwertung von Wertstoffen, wie Altpapier oder Altglas wirtschaftliche Bedeutung erlangt haben und nun auch private Unternehmen an dieser Tätigkeit interessiert sind. Die Abfallbeseitigung entwickelte sich so weiter zu einer Kreislaufwirtschaft.<sup>338</sup>

Nach dem Verursacherprinzip sind grundsätzlich Abfallerzeuger und –besitzer für die Verwertung von Abfällen zuständig. Eine Ausnahme des der Grundpflichtenkonzeption folgenden Verursacherprinzips bildet § 20 Abs. 1 KrWG.<sup>339</sup> Demnach haben die öRE die Abfälle aus privaten Haushaltungen und Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen nach Maßgaben der §§ 6 bis 11 KrWG zu verwerten oder nach Maßgabe der §§ 15 und 16 KrWG zu beseitigen und zwar unabhängig davon, ob es sich um Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung, gemischt oder getrennt gehaltene Abfälle handelt.<sup>340</sup>

Der öRE wird also durch § 20 Abs. 1 S. 1 KrWG zur Entsorgung verpflichtet. Dieser Pflicht steht allerdings ein Entsorgungsanspruch der überlassungspflichtigen Abfallbesitzer und Abfallerzeuger gegenüber, der öffentlich-rechtlicher Natur ist und vor den Verwaltungsgerichten durchgesetzt werden kann. Dieser ist in § 17 Abs. 1 KrWG verankert und bildet eine Ausnahme zum Verursacherprinzip.<sup>341</sup> Sowohl Entsorgungspflicht als auch Entsorgungsanspruch beruhen auf der

---

<sup>337</sup> So lautete die Überschrift zu § 4 AbfG 1972.

<sup>338</sup> Krautscheid, S. 200.

<sup>339</sup> BT-Drs. 17/6054, 85; Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 1.

<sup>340</sup> Petersen/Doumet/Stöhr in: NVwZ 2012, 521, 525.

<sup>341</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer § 20 Rn. 7.

Annahme, dass die allermeisten privaten Haushalte nicht dazu in der Lage sind, ihre Abfälle gem. dem Verursacherprinzip selbst zu verwerten. Die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushaltungen ist eine hoheitliche und keine unternehmerische Tätigkeit und als solche eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.

Hier stellt sich nun die Frage, ob die Behandlung von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen als Teil der Daseinsvorsorge in Deutschland schützenswert im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist. Wie bereits in Kapitel 4 erarbeitet wurde, soll dieser einen Ausgleich zwischen der Liberalisierungspolitik im Sinne eines freien Wettbewerbs im Binnenmarkt und den Gemeinwohlinteressen der Bürger leisten.

Die Abfallwirtschaft verfolgt im Rahmen der Daseinsvorsorge das Ziel, gem. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, Leistungen sicherzustellen, „auf die der moderne Mensch für eine zumindest menschenwürdige Existenz angewiesen ist“<sup>342</sup>. Weiter konkretisiert wird diese Pflicht durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der die körperliche Unversehrtheit des Menschen schützt. Weil die allermeisten privaten Haushalte nicht dazu in der Lage sind, ihre Abfälle gem. dem Verursacherprinzip selbst zu verwerten, schützt der Staat seine Bürger durch die Überlassungspflichten vor den negativen Folgen von Abfall, wie dem Mangel an Hygiene und der daraus entstehenden Gefahr von Krankheiten.

Nicht zu Unrecht argumentiert die private Entsorgungswirtschaft damit, dass von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen keine direkten Gefahren ausgehen. Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine umfassende Öffnung des Entsorgungsmarktes für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen eine konstante und flächendeckende, von konjunkturellen Schwankungen unabhängige Entsorgung gewährleisten kann.<sup>343</sup> Dies würde zu Entsorgungsengpässen führen, sodass sich die nicht abgeholten Abfälle von vormals ungefährlichen Abfällen zu potenziellen Gefahren für Mensch und Umwelt entwickeln

---

<sup>342</sup> Hänsle, S. 742.

<sup>343</sup> BVerwG, Urteil vom 18.6.2009, 7 C 16.08, ZUR 2009 Rn. 47.

könnten. Der Staat wäre dann seine Entsorgungsverpflichtung gem. § 20 Abs. 1 KrWG und letztlich auch seine Fürsorgepflichten gem. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt.

Um, wie durch Art. 106 Abs. 2 AEUV beabsichtigt, die Funktionsfähigkeit der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen zu wahren, müssen auch die getrennt erfassten Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen der Überlassungspflicht gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG unterfallen. Anderenfalls wäre wie ausführlich in Kapitel 3 erläutert die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE beeinträchtigt und die Funktionsfähigkeit dessen nicht gewährt.

Neben dem Schutz der Gemeinwohlinteressen verfolgt Art. 106 Abs. 2 AEUV allerdings auch die Herstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt. Die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG steht dem zunächst entgegen. Allerdings können Unternehmen der Privatwirtschaft an der Erfüllung der Abfallentsorgung im Sinne der Daseinsvorsorge durch gewerbliche Sammlungen teilnehmen.

In diesem Bereich wird seitens der privaten Entsorgungswirtschaft aber immer wieder beklagt, dass die Regelungen der §§ 17 und 18 des KrWG zu einer Verdrängung der privaten Entsorger, vor allem der Kleinsammler, vom Markt führen.<sup>344</sup>

Insgesamt hat sich die von den Verbänden der privaten Entsorgungswirtschaft behauptete Verdrängung gewerblicher Sammler vom Markt laut des 2. Monitoring Berichts der Bundesregierung über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz<sup>345</sup> nicht bestätigt. Seit Inkrafttreten der Regelungen im Juni 2012 wurden demnach 30.594 gewerbliche und gemeinnützige Sammlungen angezeigt. Von den angezeigten gewerblichen und gemeinnützigen Sammlungen wurden insgesamt lediglich 5 % untersagt. In Bezug auf die rund 22.700 ange-

---

<sup>344</sup> Quelle: Bundesverband der deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft. <https://bde.de/presse/newsletter-archiv/showNL?nl=2552> (zuletzt aufgerufen am 25.07.2017).

<sup>345</sup> Quelle: Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit: [http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Abfallwirtschaft/krwg\\_zweiter\\_monitoring\\_bericht\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/krwg_zweiter_monitoring_bericht_bf.pdf) (zuletzt aufgerufen am 25.07.2017).



zeigten gewerblichen Sammlungen beträgt die Untersagungsquote 6 %. Die Untersagungsquote der 7.903 angezeigten gemeinnützigen Sammlungen beträgt lediglich 1 %.

Damit kann festgestellt werden, dass dem gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV geforderten Ausgleich zwischen den Liberalisierungsbestrebungen der EU im Sinne der Herstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt und den Gemeinwohlinteressen im Sinne einer funktionsfähigen Abfallentsorgung durch die Einordnung der Abfallwirtschaft in Deutschland und insbesondere der sortenreinen Abfälle aus privaten Haushaltungen als Leistung der Daseinsvorsorge Rechnung getragen wird.

## **Kapitel 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick**

### **A. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Überlassungspflichten einen Eingriff in europäisches Primärrecht darstellen. Sowohl das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot gem. Art 101 ff. AEUV als auch die Warenverkehrsfreiheit gem. Art 28 ff. AEUV werden durch die Pflicht zur Überlassung der getrennt erfassten Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen an den öRE gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG, beeinträchtigt.

Europäisches Sekundärrecht kann bei der Prüfung der Europarechtskonformität dieser Überlassungspflichten nicht herangezogen werden. Zum einen ist die AbfVerbrV nicht anwendbar, weil diese eine auf den Umweltschutz bezogene Bestimmung darstellt und nicht darauf ausgerichtet ist, den freien Warenverkehr von Abfällen innerhalb der Gemeinschaft zu verwirklichen. Außerdem lassen sich aus der AbfVerbrV keinerlei Präferenzen zu Gunsten einer öffentlich rechtlichen Getrenntsammlung von Siedlungsabfällen ableiten. Damit ist auch kein Anhaltspunkt gegeben der für eine Rechtfertigungsmöglichkeit einer Überlassungspflicht sprechen würde.

Zum anderen bietet auch die AbfRRL keine Grundlage für eine Rechtfertigung der Überlassungspflichten von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus

privaten Haushaltungen, da die gem. der Richtlinie zulässigen Maßnahmen zur Erfüllung der Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Nähe nicht auf Überlassungspflichten für sortenreine Abfälle anwendbar sind.

Eine Rechtfertigung ist allerdings über europäisches Primärrecht durch Art. 106 Abs. 2 AEUV als zentrale Norm für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit sowie der Grundfreiheiten durch Unternehmen der Daseinsvorsorge möglich.

Der Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV für die Prüfung der Europarechtskonformität der Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG ist eröffnet.

Zum einen kann gem. dem europäischen Unternehmensbegriff der Staat auch selbst funktional als Unternehmen qualifiziert werden, wenn er wirtschaftlich auf einem bestimmten Markt tätig wird. Damit sind die auf Grund der kommunalen Überlassungspflicht für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen vom Staat durchgeführten Entsorgungsleistungen vom Anwendungsbereich des europäischen Unternehmensbegriffs erfasst.

Zum anderen handelt es sich bei den Entsorgungsleistungen des Staates für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen um eine DAWI.

Bei der Festlegung dessen, was die Mitgliedstaaten als DAWI ansehen kommt ihnen ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser wird von der EU Kommission lediglich auf offenkundige Beurteilungsfehler.

Sinn und Zweck des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist es „den Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik, mit den Interessen der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Marktes in Einklang zu bringen“<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> Biermann/Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Rn. 2.

Insofern fordert Art. 106 Abs. 2 AEUV einen Ausgleich zwischen Liberalisierungspolitik und Gemeinwohlinteressen.<sup>347</sup>

Das Vertragsziel des unverfälschten Wettbewerbs muss im Ausgleich mit der wirtschaftlichen Gestaltungskompetenz der Mitgliedstaaten stehen. Es reicht also nicht von einer rein wettbewerbsorientierten EU auszugehen und daraus folgend gemeinwohlorientierte Dienste insgesamt als Beeinträchtigung des unverfälschten Wettbewerbs zu sehen.<sup>348</sup> Im Gegenteil ist geboten, dass die Funktionsfähigkeit dieser gemeinwohlorientierten Dienste gewahrt wird und diesem Aspekt bei der Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV Rechnung getragen wird.

Die Funktionsfähigkeit der Entsorgung von Abfällen als gemeinwohlorientierte Dienstleistung in Deutschland wird mit Hilfe der Überlassungspflichten gem. § 17 Abs. 1 KrWG im Rahmen der Daseinsvorsorge gewahrt. Dabei stellen diese Überlassungspflichten eine Ausnahme vom generell geltenden Verursacherprinzip dar.

Ohne die in § 17 Abs. 3 AEUV konkret vorgesehenen Beschränkungstatbestände würde die Erfüllung der in § 20 KrWG vorgesehenen Entsorgungspflichten tatsächlich verhindert. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil eine umfassende Öffnung des Entsorgungsmarktes für getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushalten eine konstante und flächendeckende, von konjunkturellen Schwankungen unabhängige Entsorgung nicht gewährleisten kann. Entsorgungsengpässe könnten dazu führen, dass sich die nicht abgeholten Abfälle von vormals ungefährlichen Abfällen zu potenziellen Gefahren für Mensch und Umwelt entwickeln. Der Staat hätte dann seine Entsorgungsverpflichtung gem. § 20 Abs. 1 KrWG und letztlich auch seine Fürsorgepflichten gem. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt.

Voraussetzung für eine Rechtfertigung durch Art. 106 Abs. 2 AEUV und damit eine Europarechtkonformität der Vorschriften des KrWG über die Überlassungs-

---

<sup>347</sup> Calliess/Ruffert, Art. 106 Rn. 3.

<sup>348</sup> Grabnitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 Rn. 3.

pflcht gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG ist aber, dass die Überlassungspflicht einen verhältnismäßigen Eingriff in europäisches Recht darstellt.

Zunächst ist die Überlassungspflicht deshalb verhältnismäßig, weil sie nicht abschließend ist, sondern die Möglichkeit zur Durchführung von gewerblichen Sammlungen besteht. Die von den Verbänden der privaten Entsorgungswirtschaft beklagte Verdrängung gewerblicher Sammler vom Markt durch die §§ 17 und 18 des KrWG hat sich gem. dem 2. Monitoring Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz nicht bestätigt.

Allerdings ist es zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit auch geboten, § 17 Abs. 3 KrWG als widerlegliche Vermutung auszulegen und damit gewerbliche Sammlungen von der Überlassungspflicht auszunehmen, die nur unbedeutende Auswirkungen auf die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung der Entsorgungsträger haben.

Bezogen auf die Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE ist es grds. nicht erforderlich, dass das wirtschaftliche Überleben bspw. des mit der Sammlung beauftragten Unternehmens gefährdet ist. Allerdings reicht eine bloße Erschwerung oder Behinderung nicht aus, um die gewerbliche Sammlung untersagen zu können. Insofern muss eine gewisse Fühlbarkeit vorliegen, die an einer „Irrelevanzschwelle“ von 10 bis 15 % Anteil an der gesamten Sammelmenge gemessen werden kann.<sup>349</sup>

Eine Erfüllung der nach § 20 KrWG bestehenden Entsorgungspflichten des örE zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erfordert einen Ausgleich zwischen rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen und die Möglichkeit der Gebührenerhöhung zum Zwecke der Finanzierung entsprechender Dienstleistungen.

---

<sup>349</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 09.09.2013, 10 S 116/13, ZUR 2014, 112 Rn. 42; OVG Münster, Urteil vom 21.11.2015, 20 A 2120/14, NVWBl. 2016, 117; einschränkend Kopp-Assemacher/Hahnin: ZUR 2017, 80, 85: Die im Urteil genannte Schwelle von 10–15 Prozent dürfte jedoch nur dann gerechtfertigt sein, wenn lediglich die – aus Sicht eines bereits etablierten kommunalen Erfassungssystems – künftig zu erwartenden Einbußen hier hineingerechnet werden, nicht aber auch die Mengen solcher Sammlungen, die lediglich den Rahmen für die bisherige Entwicklung des kommunalen Systems bilden.

Insofern können die vom örE getragenen Kosten für sein Entsorgungssystem zu bestimmten Teilen durch die gewinnbringende Verwertung getrennt erfasster Haushaltsabfälle gegenfinanziert werden.

Es ist also insgesamt gerechtfertigt die Entsorgung von getrennt erfassten Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen als DAWI anzusehen, denn Art. 106 Abs. 2 AEUV hat den Ausgleich zwischen der Liberalisierung zugunsten eines freien Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt auf der einen Seite und den Gemeinwohlinteressen auf der anderen zum Ziel. Das KrWG schafft insofern einen Ausgleich zwischen den Gemeinwohlinteressen im Sinne einer funktionierenden Abfallentsorgung und den wirtschaftlichen Interessen, denen durch die Möglichkeit zur Durchführung gewerblicher Sammlungen Rechnung getragen wird.

Die Voraussetzung für die Rechtfertigung des Eingriffes in europäisches Recht ist allerdings immer eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschriften des § 17 KrWG.

## **B. Ausblick**

Angesichts des Konfliktpotentials der Vorschriften zu den Überlassungspflichten, welches insbesondere durch die Komplexität des Art. 17 KrWG mit seiner Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen hervorgerufen wird, ist ein Ende der Streitigkeiten zwischen örE und der privaten Entsorgungswirtschaft weiterhin nicht absehbar.

Das BVerwG hat durch sein Urteil vom 30.06.2016<sup>350</sup> zwar für mehr Klarheit gesorgt, indem es den Eingriff in europäisches Recht durch die Vorschriften zur Überlassungspflicht in § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG bejaht und dargelegt hat, inwieweit dieser gerechtfertigt werden kann. Allerdings hat dieses Urteil auch neue Fragen und Konfliktpotenzial erzeugt. Hier ist insbesondere die „Irrelevanzschwelle“ zu nennen, welche vom BVerwG nicht weiter begründet wurde und mutmaßlich für weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen den örE und der privaten

---

<sup>350</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99.

Entsorgungswirtschaft sorgen wird. Abzuwarten bleibt insofern die zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung der Obergerichte im Einzelfall.

Bezogen auf die Europarechtskonformität der Überlassungspflichten in § 17 Abs. 1 KrWG hätte insbesondere der EuGH das Potenzial richtungsweisend zu urteilen, inwiefern er die Pflicht zur Überlassung der Abfälle aus privaten Haushaltungen an den öRE gem. § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG auch in Bezug auf getrennt erfasste Abfälle zur Verwertung für europarechtlich gerechtfertigt hält. Solange die EU Kommission den Mitgliedstaaten allerdings einen weiten Ermessensspielraum bei der Definition der DAWI zugesteht, ist ein solches Urteil nicht zu erwarten.

## **Literaturverzeichnis**

Beckmann, Martin / Wittmann, Antje

Zur Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen und der Beauftragung Dritter  
bei der Verwertung von Haushaltsabfällen  
AbfallR 2009, 235 ff.

Biermann, Jörg / Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht  
5. Auflage, 2012  
C.H. Beck; München  
zitiert als: Biermann/Immenga/Mestmäcker

Busch, Simone

Gemeinwohlorientierung in der Marktwirtschaft. Zur Renaissance der Da-  
seinsvorsorge  
1. Auflage; 2014  
Diplom.de.; Hamburg  
zitiert als: Busch

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias

EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäi-  
scher Grundrechtecharta: Kommentar.  
5. Auflage. 2016  
C.H. Beck; München  
zitiert als: Callies/Ruffert

Dieckmann, Martin

Entsorgungsautarkie der Mitgliedstaaten nach der Novelle der EG-  
Abfallrahmenrichtlinie  
ZUR 2008, 505 ff.

Dieckmann, Martin

Europarechtliche Spielräume für Andienungs- und Überlassungspflichten  
AbfallR 2009, 270 ff.

Epping, Volker / Hillgruber, Christian

Beck'scher Online-Kommentar GG  
26. Auflage, Stand: September 2015  
C.H. Beck; München  
Zitiert als: *Bearbeiter* in BeckOK GG

Erbguth, Wilfried / Schlacke, Sabine

Umweltrecht  
6. Auflage; 2016  
Nomos; Baden-Baden  
zitiert als: Erbguth/Schlacke

Erbs, Georg / Kohlhaas Max

Strafrechtliche Nebengesetze  
213. Ergänzungslieferung, Stand: März 2017  
C.H. Beck; München  
zitiert als: Erbs/Kohlhaas

Fluck, Jürgen / Frenz, Walter / Fischer, Kristian / Franßen, Gregor

Kreislaufwirtschaftsrecht, Abfallrecht und Bodenschutzrecht mit EU-  
Abfallrecht. Kommentar.  
117. Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2014  
C.F. Müller, Heidelberg  
zitiert als: Frenz

Franz, Thorsten

Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge  
1. Auflage; 2005



Mohr Siebeck, Tübingen  
zitiert als: Franz

Frenz, Walter  
Überwiegende öffentliche Interessen nach § 17 Abs. 3 KrWG  
AbfallR 2012, 168 ff.

Giesberts, Ludger / Reinhardt, Michael  
Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht  
Auflage 20; 2011  
C.H. Beck; München  
zitiert als: Giesberts in BeckOK UmwR

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin / Athen, Marco (Hrsg.)  
Das Recht der Europäischen Union  
5. Ergänzungslieferung, Stand: August 2015  
C.H. Beck; München  
zitiert als: Grabitz/Hilf/Nettesheim

Hailbronner, Kay / Jochum, Georg  
Europarecht. Binnenmarkt und Grundfreiheiten  
2. Auflage, 2006  
W. Kohlhammer; Stuttgart  
zitiert als: Hailbronner/Jochum

Hänsle, Walter  
Streik und Daseinsvorsorge  
Dissertation 2016  
Mohr Siebeck; Tübingen  
zitiert als: Hänsle

Hucke, Jochen

Kommunale Umweltpolitik, in: Roth, Roland / Wollmann, Helmut: Kommunalpolitik. Politisches Handeln in den Gemeinden

2. Auflage, 1998

Springer, Wiesbaden

zitiert als: Hucke

Jarass, Hans D. / Petersen, Frank (Hrsg.)

Kreislaufwirtschaftsgesetz. Kommentar.

1. Auflage; 2014

C.H. Beck; München

zitiert als: *Bearbeiter* in Jarass/Petersen

Karpernstein, Ulrich

Gewerbliche Verwertung von Haushaltsabfällen am Ende?

AbfallR 2009, 247 ff.

Kopp-Assenmacher, Stefan / Hahn, Tim

Gewerbliche Sammlung: Es bleibt schwierig! BVerwG (Urteil vom 30. Juni 2016–7 C 4.15) zwischen europarechtskonformer Auslegung und vollzugspraktischen Hinweisen

ZUR 2017, 80 ff.

Korte, Josef

Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge unter dem Einfluss europäischer Gesetzgebung

1. Auflage; 2007

GRIN Verlag GmbH; München

zitiert als: Korte

Krajewski, Markus

Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen

1. Auflage; 2011  
Springer; Berlin Heidelberg  
zitiert als: Krajewski

Krautscheid, Andreas

Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb  
und Gemeinwohl. Eine sektorspezifische Betrachtung.

1. Auflage; 2009  
Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH; Wiesbaden  
zitiert als: Krautscheid

Landmann, Robert / Gustav, Rohmer

Umweltrecht I  
82. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2017  
C.H. Beck, München  
zitiert als: *Bearbeiter* in Landmann/Rohmer

Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman (Hrsg.)

Grundgesetz. Kommentar.  
79. Ergänzungslieferung, Stand: Dezember 2016  
C.H. Beck; München  
zitiert als: *Bearbeiter* in Maunz/Dürig/Herzog

Mund, Gerald / Dausen, Manfred A. (Hrsg.)

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts  
40. Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2016.  
C.H.Beck; München  
zitiert als: Mund/Dausen

Neu, Claudia

Daseinsvorsorge. Eine gesellschaftswissenschaftliche Annäherung.  
1. Auflage; 2009

VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH; Wiesbaden  
zitiert als: Neu

Oexle, Anno

Rechtsfragen des neuen Verbringungsrechts  
ZUR 2007, 460 ff.

Petersen, Frank

Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz - quo vadis? - Das Abfallrecht zwischen Bestandsschutz und Fortentwicklung  
NVwZ 1998, 1113 ff.

Petersen, Frank

Entwicklungen des Kreislaufwirtschaftsrechts  
Die neue Abfallrahmenrichtlinie – Auswirkungen auf das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz  
NVwZ 2009, 1068 ff.

Petersen, Frank / Doumet, Jean /Stöhr, Günter

Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz  
NVwZ 2012, 521 ff.

Peters, Heinz-Joachim / Hesselbarth, Thorsten / Peters, Frederike

Umweltrecht.  
5. Auflage; 2016  
W. Kohlhammer; Stuttgart  
zitiert als: Peters/Hesselbarth/Peters

Proelß, Alexander

Gesetzliche Überlassungspflichten im Abfallrecht  
NuR 2014, 745ff.

Pühs, Wolfgang

Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht. Formen und Grenzen eines effektiven Gemeinschaftsrechtsvollzugs und Überlegungen zu seiner Effektivierung.

Dissertation, 2006

Duncker & Humblot; Berlin

zitiert als: Pühs

Schink, Alexander

Der Abfallbegriff im Kreislaufwirtschaftsgesetz

UPR 2012, 201 ff.

Schink, Alexander / Versteyl, Andrea / Dippel, Martin / Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.)

KrWG. Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz

2. Auflage; 2016

Lexxion Verlagsgesellschaft mbH.. Berlin, Brüssel

zitiert als: *Bearbeiter* in Schink/Versteyl

Schmehl, Arndt

GK-KrWG. Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz

1. Auflage; 2013

Carl Heymanns Verlag; Köln

zitiert als: *Bearbeiter* in Schmehl

Stark, Sebastian C.

Der Abfallbegriff im europäischen und im deutschen Umweltrecht. Van de Walle Überall?

Band 4920 von Europäische Hochschulschriften; 2009

Peter Lang; Frankfurt

zitiert als: Stark

Suhl, Christian

Die Europarechtswidrigkeit des KrWG

AbfallR 2012, 201 ff.

Schwarze, Jürgen / Becker, Ulrich / Bär-Bouyssi re, Bertold (Hrsg.)

EU-Kommentar

3. Auflage; 2012

Nomos; Baden-Baden

zitiert als: Schwarze/Becker/B r-Bouyssi re

Thärichen, Holger / Prella, Rebecca

Der Begriff der Haushaltsabfälle im allgemeinen und besonderen Abfallrecht

AbfallR 2006, 198 ff.

Versteyl, Andrea / Wendenburg, Helge

Änderungen des Abfallrechts: Aktuelles zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz sowie dem untergesetzlichen Regelwerk

NVwZ 1996, 937 ff.

Wenzel, Frank

Gewerbliche und gemeinnützige Sammlungen vor Gericht – Übersicht und kritische Würdigung der Rechtsprechung zur Neuregelung im KrWG

ZUR 2014, 579 ff.

## **Anhang**

### **Handlungsempfehlung für öffentlich rechtliche Entsorgungsträger**

Durch § 20 KrWG sind die örE dazu verpflichtet, die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen zu verwerten oder zu beseitigen. Die örE sind die nach dem Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen. In der Bundesrepublik Deutschland sind nach den Landesabfallgesetzen der 16 Bundesländer regelmäßig die kreisfreien Städte und Landkreise die örE.

Als untere Abfallrechtsbehörden vollziehen die nach dem jeweiligen Landesrecht zuständigen kreisfreien Städte oder Landkreise die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. In diesem Rahmen sind sie auch zuständig für die Anwendung der §§ 17 und 18 KrWG und damit für die Entscheidung, ob einer gewerbliche Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen und sie damit beschränkt bzw. untersagt werden kann.

Grundsätzlich stellen die Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen einen Eingriff in europäisches Wettbewerbsrecht dar. Dieser kann für getrennt erfasste Wertstoffe aus privaten Haushaltungen nur über Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden. Diese Rechtfertigung ist wiederum nur dann möglich, wenn die Vorschriften des §. 17 KrWG europarechtskonform angewendet werden.

Weil die Frage nach der europarechtskonformen Auslegung des § 17 KrWG die deutschen Gerichte bis zum BVerwG regelmäßig beschäftigt, soll diese Handlungsempfehlung die Anwender auf lokaler Ebene für die Problematik des durch die Vorschrift des § 17 KrWG intendierten Ausgleichs zwischen den Interessen der privaten und der kommunalen Abfallwirtschaft sensibilisieren.

Indem aufgezeigt wird, welche Regelungen des § 17 KrWG für eine europarechtskonforme Anwendung von besonderer Bedeutung sind, soll eine höhere Rechtssicherheit der behördlichen Entscheidungen in Bezug auf die Beschränkung bzw. Untersagung gewerblicher Sammlungen erreicht werden.

## 1. Allgemeines

Durch den Vertrag von Lissabon wurde das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV verankert. Demnach soll die EU nur noch handeln können, wenn das zu erreichende Ziel nicht ausreichend auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene, sondern besser auf gemeinschaftlicher Ebene erreicht werden und verwirklicht werden kann. Dadurch soll insbesondere auch erreicht werden, den lokalen Behörden gegenüber der Zentralgewalt, ein bestimmtes Maß an Unabhängigkeit zu sichern.<sup>351</sup>

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die dadurch garantierte kommunale Selbstverwaltung frei von der Achtung grundlegender europäischer Freiheiten wäre. Vielmehr müssen Einschränkungen in europäisches Recht durch sachgerechte Gründe gerechtfertigt werden.<sup>352</sup>

Im Folgenden sollen sachgerechte Gründe für die Rechtfertigung des Eingriffs in europäisches Wettbewerbsrecht und europäische Grundfreiheiten durch eine Beschränkung bzw. Untersagung von gewerblichen Sammlungen im Rahmen der Überlassungspflichten des § 17 KrWG aufgezeigt werden.

## 2. Öffentliche Interessen gem. § 17 Abs. 2 Nr. 4 KrWG

Öffentliche Interessen stehen einer gewerblichen Sammlung dann entgegen, wenn die gewerbliche Sammlung die Funktionsfähigkeit des örE, eines von diesem beauftragten Dritten oder eines aufgrund § 25 eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet. Gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG ist eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE oder des von diesem beauftragten Dritten anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers wesentlich beeinträchtigt wird.

---

<sup>351</sup> Quelle: Europäisches Parlament: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU_1.2.2.pdf) (zuletzt aufgerufen am 10.07.2017)

<sup>352</sup> Frenz, § 17 KrWG Rn. 224.



Eine Präzisierung dieser wesentlichen Beeinträchtigung wird in S. 3 im Rahmen dreier Regelbeispiele vorgenommen. Dies gilt nicht, wenn die vom gewerblichen Sammler angebotene Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist, als die von dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung. In S. 5 und S. 6 werden die Kriterien für diesen Leistungsvergleich genannt.

## **2.1 Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE**

Für das Vorliegen einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit hat der Gesetzgeber grundsätzlich zwei Varianten vorgesehen. Gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG ist eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder des von diesem beauftragten Dritten anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers wesentlich beeinträchtigt wird.

Beide Varianten stehen selbstständig nebeneinander und bestimmen den Begriff abschließend.<sup>353</sup> Dies bedeutet: ist bereits eine Variante einschlägig ist das Vorliegen der jeweils anderen nicht mehr obligatorisch. Dass die Regelung abschließend ist, schließt allerdings ein Einschreiten auf anderer Rechtsgrundlage unter Vorliegen entsprechender Tatbestandsvoraussetzungen nicht aus – z. B. auf straßenverkehrsrechtlicher oder baurechtlicher Grundlage, wenn spezifische Gefahren mit der Aufstellung von Containern an bestimmten Aufstellorten verbunden sind, nicht aus.<sup>354</sup>

Voraussetzung für eine Europarechtskonformität des § 17 Abs. 3 KrWG ist, dass dieser als widerlegliche Vermutung ausgelegt wird. Dies bedeutet, dass die Gefährdung der Funktionsfähigkeit gem. § 17 Abs. 3 KrWG grundsätzlich trotz Vorliegen einer der beiden Alternativen („Erfüllung der Entsorgungspflichten gem. § 20 zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert“ oder „wesentliche

---

<sup>353</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 160; Klement in Schmehl § 17 Rn. 134; Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 44.

<sup>354</sup> Vollzugshilfe zu den §§ 17 und 18, S. 12, abrufbar unter: [http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user\\_upload/PDFs/Downloads/Dokumente\\_und\\_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf](http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Downloads/Dokumente_und_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf) (zuletzt aufgerufen am 25.07.2017).

Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung“) im Einzelfall widerlegt sein kann.<sup>355</sup>

Hier gilt zu beachten, dass die Beweispflicht bei der unteren Abfallrechtsbehörde liegt. Unterbleibt die Aufklärung des Sachverhalts, kann dies zur Rechtswidrigkeit und Anfechtbarkeit der Behördenentscheidung führen.<sup>356</sup> Daher ist darauf zu achten, dass diejenigen Tatsachen dargelegt werden, die eine Befreiung von den Wettbewerbsregeln erforderlich machen.<sup>357</sup>

Wichtig ist, dass die Darlegung stets einzelfallbezogen vorgenommen wird. Wenn mit Wirtschaftlichkeit argumentiert wird, müssen sachgerecht ermittelte Zahlen zur Verfügung stehen.<sup>358</sup> Dies bedeutet, dass das System der Rechnungslegung hinreichend verlässlich<sup>359</sup> sein muss und dadurch eine transparente, detaillierte und zuverlässige Kostenrechnung erfolgt.

### **2.1.1 Verhinderung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen**

Von besonderer europarechtlicher Relevanz ist hier die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen“.

Es ist grds. nicht erforderlich, dass das wirtschaftliche Überleben des vom örE mit der Sammlung beauftragten Unternehmens beim Entfall der Überlassungspflicht bedroht ist.<sup>360</sup>

Allerdings reicht es für die Rechtfertigung einer wesentlichen Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht aus, dass die Erfüllung der Aufgabe durch eine gewerbliche Sammlung lediglich erschwert oder

---

<sup>355</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarass/Petersen, § 17 Rn. 160.

<sup>356</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 118.

<sup>357</sup> Frenz, § 17 Rn. 224.

<sup>358</sup> Frenz, § 17 Rn. 226.

<sup>359</sup> EuGH, Urteil vom 17.05. 2001, C-340/99, TNT Traco, , NVwZ 2009, 1063 Rn. 54.

<sup>360</sup> EuGH, Urteil vom 17.05. 2001, C-340/99, TNT Traco, , NVwZ 2009, 1063 Rn. 54.

behindert wird.<sup>361</sup> Auch ist es nicht ausreichend, dass dem örE nur geringfügige Abfallmengen entzogen werden.<sup>362</sup>

Dies bedeutet, dass gewerbliche Sammlungen mit kleinen Mengen regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 2 S. 3 und 4 untersagt werden können.<sup>363</sup> Vielmehr muss eine „bestimmte Fühlbarkeit“<sup>364</sup> der Auswirkungen erreicht werden, also eine Situation vorliegen, in der der örE seiner Aufgabe ohne die Überlassungspflicht nicht mehr nachkommen kann.<sup>365</sup> Denkbar wäre, dass die Funktionsfähigkeit eines Rücknahmesystems des örE dauerhaft eingeschränkt wird. Diese Beeinträchtigung könnte durch die Nichterfüllung festgelegter Erfassungs- und Verwertungsquoten eintreten.<sup>366</sup>

Um der Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen gerecht zu werden, kann der örE einen Ausgleich zwischen rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen vornehmen. Dies ist mit europäischem Recht vereinbar.<sup>367</sup>

Insofern können die vom örE getragenen Kosten für sein Entsorgungssystem zu bestimmten Teilen durch die gewinnbringende Verwertung getrennt erfasster Haushaltsabfälle gegenfinanziert werden.

Allerdings muss hier beachtet werden, dass dieser Ansatz der Quersubventionierung nur rechtmäßig ist, wenn die entsprechenden Geschäftsbereiche auch Gewinne erwarten lassen. Europarechtswidrig wäre es demnach, wenn ein örE Abfälle aus privaten Haushaltungen z.B. im Rahmen einer Wertstofftonne erfasst, obwohl diese Sammlung verlustträchtig ist. In diesem Fall könnte der örE Gebiete für sich beanspruchen, deren Verlust er dann wiederum mit der Sammlung von

---

<sup>361</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 164.

<sup>362</sup> OVG Münster, Urteil vom 15.08. 2013, 20 A 2798/11, BeckRS 2013, 54286.

<sup>363</sup> Proelß in: NuR 2014 745, 750.

<sup>364</sup> Frenz AbfallR 2012, 168, 170; Giesberts in BeckOK, § 17 Rn. 47.

<sup>365</sup> Klement in Schmehl, § 17 Rn. 136.

<sup>366</sup> BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006, 7 C 9/05, NVwZ 2006, 688; Beckmann in: Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 126

<sup>367</sup> EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs C-320/91 Corbeau, Rn. 17 f, NVwZ 1993, 874.

gewinnbringenden Wertstoffen, die eigentlich auch gewerblichen Sammlern offen stehen, ausgleichen muss.<sup>368</sup>

### **2.1.2 Wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung**

In § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG hat der Gesetzgeber drei Beispielfälle integriert, ab wann eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung angenommen werden kann. Eine gewerbliche Sammlung ist danach unzulässig, wenn durch sie

- Abfälle erfasst werden, für die der örE oder der von diesem beauftragte Dritte eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige Erfassung und Verwertung durchführt
- Die Stabilität der Gebühren gefährdet wird
- Die diskriminierungsfreien und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb erheblich erschwert wird.

In Bezug auf eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift ist in erster Linie die Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs „wesentliche Beeinträchtigung“ relevant. Mit diesem Merkmal soll sichergestellt werden, dass nur relevante bzw. spürbare Beeinträchtigungen auf die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des örE die Rechtsfolge der Einschränkung einer gewerblichen Sammlung mit Begründung der entgegenstehenden überwiegenden Interessen rechtfertigen.<sup>369</sup>

Relevant ist hier, „ob durch einen Marktzugang des gewerblichen Sammlers die Grundstrukturen der Entsorgung, die der örE zur Gewährleistung einer sachgerechten Aufgabenerfüllung nach Maßgabe seiner organisatorischen Grundentscheidung ins Werk gesetzt hat, wesentlich umgestaltet werden müssten“.<sup>370</sup>

Insofern wird auf die zu erzielende Sammelmenge abgestellt. Das BVerwG sieht hier eine Irrelevanzschwelle vor. Demnach ist die in der Rechtsprechung vielfach

---

<sup>368</sup> Frenz, § 17 Rn. 215.

<sup>369</sup> Zweiter Monitoring-Bericht, BT-Drs. 659/16 S. 13.

<sup>370</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 51.

herangezogene Schwelle von 10 bis 15 % Anteil an der gesamten Sammelmenge angemessen. Allerdings dürfen bei der Berechnung dieser Schwelle nur die zu erwartenden Einbußen eingerechnet werden, nicht aber die Sammelmengen, die bereits durch gewerbliche Sammlungen bestehen und somit den Rahmen für das bestehende Erfassungssystem bilden.<sup>371</sup>

Im Allgemeinen gibt das BVerwG vor, dass „die Schwelle, unterhalb derer wesentliche Änderungen der Entsorgungsstruktur typischerweise nicht zu erwarten sind (...) bei Abfallfraktionen wie den Alttextilien nicht zu niedrig anzusetzen sind.“<sup>372</sup>

#### **2.1.2.1 Haushaltsnahe oder sonstige hochwertige Erfassung und Verwertung**

Vorrangig soll mit dieser Vorschrift die haushaltsnahe, getrennte Erfassung von Abfällen geschützt werden, also effiziente und servicefreundliche Holsysteme. Ebenfalls umfasst sind aber auch sonstige hochwertige getrennte Erfassungen, wie ein vom öRE in seinem Zuständigkeitsbereich flächendeckend eingerichtetes Wertstoffhofsystem.<sup>373</sup>

Die Annahmen, dass jedes Nebeneinander eines hochwertigen und kommunalen Systems und einer gewerblichen Sammlung zu einer Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 2, 2. Alt. KrWG und damit zu einer Untersagung bzw. Einschränkung der gewerblichen Sammlung durch die Behörde führen kann verstößt gegen europäisches Recht.

---

<sup>371</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 09.09.2013, 10 S 116/13, ZUR 2014, 112 Rn. 42; OVG Münster, Urteil vom 21.11.2015, 20 A 2120/14, NVWBl. 2016, 117, Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 85.

<sup>372</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 51.

<sup>373</sup> Vollzugshilfe zu den §§ 17 und 18, S. 13., abrufbar unter: [http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user\\_upload/PDFs/Downloads/Dokumente\\_und\\_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf](http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Downloads/Dokumente_und_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf) (zuletzt aufgerufen am 25.07.2017)

Denn damit würde die Aufgabenerfüllung durch den öRE geschützt und nicht wie von Art. 106 Abs.2 AEUV gefordert, der Schutz der Dienstleistung von allgemeinem Interesse selbst.<sup>374</sup>

#### **2.1.2.2 Gefährdung der Gebührenstabilität**

Da gewerbliche Sammlungen in der Regel auf Wertstoffe abzielen, sind diese grundsätzlich geeignet, die Gewinne des öRE zu verkleinern und dadurch die Kosten zu erhöhen, was wiederum Auswirkungen auf die Höhe der Abfallgebühren hat.<sup>375</sup>

Aus diesem Grund aber jede gewerbliche Sammlung einzuschränken wäre nicht mit europäischem Recht vereinbar.

Insofern ist der Begriff der Gebührenstabilität so auszulegen, dass lediglich geringfügige Gebührensteigerungen hiervon nicht erfasst werden.<sup>376</sup> Gebührensteigerungen, die sich im Rahmen der „üblichen Gebührensanktionen“<sup>377</sup>, bewegen die nicht von „signifikanter Größenordnung“<sup>378</sup> sind, begründen demnach kein öffentliches Interesse.<sup>379</sup>

#### **2.1.2.3 Diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen**

Mit dieser Variante wird die wettbewerbskonforme Einbindung der privaten Entsorgungswirtschaft in die kommunale Aufgabenwahrnehmung gesichert, indem vertraglich gebundene Auftragnehmer des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträ-

---

<sup>374</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 147.

<sup>375</sup> Klement in Schmehl, §17 Rn. 150; Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 179.

<sup>376</sup> Beckmann in Landmann/Rohmer, § 17 Rn. 133.

<sup>377</sup> OVG Schleswig, 22.04.2008, 4 LB 7/06, NVwZ 2008, 922, 924.

<sup>378</sup> OVG Hamburg, 08.07.2008, 1 Bs 91/08, NVwZ 2008, 1133, 1135.

<sup>379</sup> OVG Lüneburg, 24.01.2008, 7 ME 192/07, NVwZ 2008, 1137, 1139; Klement in Schmehl, §17 Rn. 150 Klement in Schmehl, Rn. 150

gers vor der Konkurrenz durch gewerbliche Sammler besonders geschützt werden.<sup>380</sup>

Entscheidend ist hier, dass nicht das Vergabeverfahren an sich schützenswert im Sinne von Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV ist. Vielmehr ist auch hier der Schutz der Dienstleistung von allgemeinem Interesse selbst entscheidend, also die Erbringung der Entsorgungs- und Verwertungsleistung. Dies muss aus der Vertragsgestaltung des öRE hervorgehen.

## **2.2 Wesentlich höhere Leistungsfähigkeit der gewerblichen Sammlung**

Die Rückausnahme des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG entfällt, wenn die vom gewerblichen Sammler angebotene Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist, als die von dem ÖRE oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung. Damit ist ein Leistungsvergleich zwischen dem gewerblichen Sammler und dem ÖRE gefordert.<sup>381</sup>

Die Darlegungslast der wesentlich höheren Leistungsfähigkeit liegt beim gewerblichen Sammler.<sup>382</sup>

In Bezug auf eine europarechtskonforme Begründung der wesentlich höheren Leistungsfähigkeit muss die gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit der Leistung dargelegt werden. Diese reflektiert die gemeinsamen Werte der Union, nach denen es gem. des Protokolls über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zum Lissabon-Vertrag<sup>383</sup> für Daseinsvorsorgeleistungen insbesondere auf „die Bedürfnisse und Präferenzen der Nutzer“ sowie auf „ein hohes Niveau in

---

<sup>380</sup> Vollzugshilfe zu den §§ 17 und 18, S. 13, abrufbar unter: [http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user\\_upload/PDFs/Downloads/Dokumente\\_und\\_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf](http://www.landkreistag-bw.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Downloads/Dokumente_und_Arbeitshilfen/Abfall/Vollzugshilfe-Kreislaufwirtschaftsgesetz.pdf) (zuletzt aufgerufen am 25.07.2017)

<sup>381</sup> Karpenstein/Dingemann in Jarrass/Petersen, § 17 Rn. 192

<sup>382</sup> Petersen/Doument/Stöhr in: NVwZ 2012, 521, 527.

<sup>383</sup> Protokoll Nr. 26 des Vertrags von Lissabon Art. 1 Abs. 2

Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ ankommt.<sup>384</sup>

Insbesondere ist zu beachten, dass auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen gewerblichen Sammlers abzustellen ist und nicht die Leistungsfähigkeit aller gewerblichen Sammler im jeweiligen Entsorgungsgebiet berücksichtigt werden kann. Nur so kann die Verlässlichkeit der entsprechenden gewerblichen Sammlung garantiert werden.<sup>385</sup>

### **Zusammenfassend gilt zu beachten:**

Der § 17 KrWG ist Ausdruck eines Kompromisses. Der Gesetzgeber wollte den Konflikt zwischen den öffentlich rechtlichen Entsorgungsträgern und der Privatwirtschaft befrieden, indem er eine Definition der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 17 Abs. 3 KrWG geschaffen hat und damit für die Behörden bei ihrer Entscheidung, wann eine gewerbliche Sammlung beschränkt bzw. untersagt werden kann, mehr Rechtssicherheit schaffen wollte.

Dass dies nicht gelungen ist, zeigt sich an der hohen Zahl der Gerichtsverfahren betreffend der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 17 Abs. 3 KrWG.

Um weitere Verfahren zu verhindern, sollte insbesondere der Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung der Vorschriften mehr Beachtung geschenkt werden.

---

<sup>384</sup> BT-Drs. 17/7505, 45.

<sup>385</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2016, 7 C 4.15, ZUR 2017, 99 Rn. 15.; Kopp-Assenmacher/Hahn in: ZUR 2017, 80, 84.



## **Erklärung**

Ich versichere,

1. dass ich diese Masterthesis selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst habe,
2. dass ich die Übernahme wörtlicher Zitate aus der Literatur sowie die Verwendung von Gedanken anderer Autoren an den entsprechenden Stellen innerhalb der Arbeit gekennzeichnet habe (Entsprechendes gilt für wörtliche Zitate bzw. Fremdgedanken aus der Rechtsprechung) und
3. dass die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen hat.

Ich bin mir bewusst, dass eine falsche Erklärung gravierende rechtliche Folgen haben kann.

Ort, Datum, Unterschrift